



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E CIÊNCIAS SOCIAIS – FAJS
CURSO DE DIREITO

LARA LITVIN VILLAS BÔAS

A JUSTIÇA E SUA REALIZAÇÃO PELO JUDICIÁRIO

Brasília-DF

2012

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E CIÊNCIAS SOCIAIS – FAJS
CURSO DE DIREITO**

LARA LITVIN VILLAS BÔAS

A JUSTIÇA E SUA REALIZAÇÃO PELO JUDICIÁRIO

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília (Uniceub).
Orientador: Eliardo França Teles Filho.

Brasília-DF

2012

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E CIÊNCIAS SOCIAIS – FAJS
CURSO DE DIREITO

LARA LITVIN VILLAS BÔAS

A JUSTIÇA E SUA REALIZAÇÃO PELO JUDICIÁRIO

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília (Uniceub).

Orientador: Eliardo França Teles Filho.

Brasília-DF, ____ de _____ de 2012.

Banca examinadora

Prof. Eliardo França Teles Filho (Orientador)

Prof. Luiz Eduardo de Lacerda Abreu (Membro)

Prof. Sérgio Antônio Ferreira Victor (Membro)

*A todos os que acreditam na realização da
justiça e, ainda, nas instituições brasileiras,
dedico.*

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela vida;

a meus pais, por sempre acreditarem, nunca desistirem, nem me deixarem desistir;

especialmente à minha mãe, pelo incentivo diferenciador, por tornar-se leitora assídua de meus escritos, compartilhando e discutindo todas as dúvidas e anseios;

aos meus familiares, noivo e amigos, pela torcida sincera;

ao professor Eliardo, por respeitar minhas opiniões e sugerir leituras que ampliaram meus conhecimentos, estimulando novamente o meu gosto pela pesquisa.

A imobilidade das coisas que nos cercam talvez lhes seja imposta por nossa certeza de que essas coisas são elas mesmas e não outras, pela imobilidade de nosso pensamento perante elas (Marcel Proust).

RESUMO

O presente trabalho inicia com o questionamento acerca da atuação do Poder Judiciário, se seria garantir uma justiça substancial ou apenas procedimental. Passamos a analisar, porém, quais seriam os problemas teóricos de um Judiciário cuja função fosse a realização da justiça substancial em oposição à procedimental. As teorias de direito no Brasil consideram a Constituição como parâmetro de justiça a ser utilizado, de modo que passamos a verificar quais as implicações dessa abordagem por meio da análise de algumas teorias acerca do sistema jurídico dos Estados Unidos, por este país possuir uma experiência constitucional rica e tradicional, servindo de modelo para o sistema brasileiro. Para tanto, utilizamos a teoria dualista de Bruce Ackerman e a teoria da jurisdição constitucional de John Hart Ely. Passamos ainda à análise de uma terceira teoria, a de John Rawls, que estabelece um parâmetro de justiça exterior e anterior à Constituição, distanciando-se da concepção de justiça pela Constituição e entrando em um âmbito filosófico, que enaltece valores e princípios. Na conclusão, é realizada uma análise da dinâmica brasileira ante essas teorias, verificando se e como se dá a influência delas no sistema jurídico brasileiro e ainda qual é a concepção de justiça por ele buscada. Pretende-se promover a aproximação dos ideais do Estado Democrático de Direito com a prática do Poder Judiciário brasileiro, sendo fornecidos instrumentos que nos auxiliem na construção efetiva de uma ordem jurídica justa e igualitária, concernente com os fundamentos inscritos na Constituição Federal de 1988. Acreditamos que por meio da reflexão da atuação jurisdicional poder-se-á contribuir para a identificação dos entraves e das possíveis soluções do nosso sistema jurídico.

Palavras-chave: justiça; Poder Judiciário; justiça substantiva; justiça procedimental; controle de constitucionalidade; teorias democráticas; Constituição; direito constitucional.

ABSTRACT

This study begins with the questioning of judicial power, would ensure that substantial justice or just a procedural. We analyze what are the theoretical problems of a judiciary whose function was the realization of substantial justice as opposed to procedural. The theories of law in Brazil consider the Constitution as a parameter for justice to be used, so we began to analyze the implications of this approach by analyzing some theories about the U.S. legal system, because this country has a rich and traditional constitutional experience, serving as a model for the Brazilian system. We used the dualist theory of Bruce Ackerman and the theory of constitutional jurisdiction of John Hart Ely. We still examined a third theory, from John Rawls, establishing a measure of justice outside and anterior to the Constitution, away from the conception of justice by the Constitution and getting into a philosophical framework that enhances the values and principles. In conclusion, it is an analysis of the dynamic Brazilian against these theories, checking to see if and how is their influence in the Brazilian legal system. It's intended to promote a approach of ideals of a democratic rule of law with the practice of the Brazilian Judiciary and tools are provided to help us in building in a effective legal system fair and equitable, concerning with the fundamentals of Federal Constitution of 1988. We believed that by reflection of the jurisdictional action will be able to contribute to the identification of barriers and possible solutions of our legal system.

Key words: justice; Judiciary; substantive justice; procedural justice; judicial review, democratic theories, Constitution, constitutional right.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 – JUSTIÇA E PODER JUDICIÁRIO.....	12
1.1 Justiça – definição de sentido e o princípio de acesso à justiça.....	12
1.2 A capacidade do Judiciário em realizar o acesso à justiça substancial e sua função de guardião da Constituição.....	17
CAPÍTULO 2 – POSSÍVEL CONCILIAÇÃO ENTRE A JUSTIÇA PROCEDIMENTAL E A JUSTIÇA SUBSTANCIAL.....	22
2.1 A teoria dualista de Bruce Ackerman.....	22
CAPÍTULO 3 – A TEORIA PROCEDIMENTAL DE JOHN HART ELY.....	30
3.1 Tensão entre o texto e os valores da Constituição.....	30
3.2 Tendência histórica da Suprema Corte americana: <i>substantive</i> x <i>procedural</i>	33
CAPÍTULO 4 – A TEORIA SUBSTANTIVA DE JOHN RAWLS E SUA POSSÍVEL APLICAÇÃO.....	56
CONCLUSÃO – A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA ANTE AS TEORIAS ANALISADAS.....	68
REFERÊNCIAS.....	72

INTRODUÇÃO

O início deste trabalho se deu com a indagação acerca da efetividade do princípio do acesso à justiça, em que pretendíamos verificar de que forma se dava sua materialização e qual era o conceito de justiça compreendido e buscado pelo Judiciário – se uma justiça substancial, de equidade, ou uma justiça procedimental, relacionada a aspectos processuais, voltada ao ingresso no Judiciário.

Dessa forma, tornou-se essencial, e objetivo maior desta pesquisa, analisar quais seriam alguns dos problemas teóricos de um Judiciário cuja função fosse a realização da justiça substancial em oposição à justiça procedimental. As teorias do direito no Brasil têm considerado que, no fim de realizar a justiça, é normal que as leis cedam o passo à Constituição, sendo que esta seria o parâmetro de justiça que adquiriria prioridade sobre as leis. Uma análise perfunctória dos problemas desse tipo de abordagem deve, necessariamente, buscar no direito comparado as experiências que ali foram acumuladas ao lidar com dilemas semelhantes. Assim, entendemos que a análise de algumas teorias sobre a maneira como se equilibram, nos EUA, a supremacia da Constituição e o poder da maioria expresso nas leis poderiam lançar luz sobre os dilemas que essa abordagem ainda trará ao Judiciário brasileiro.

A primeira dificuldade por nós identificada foi a do equilíbrio entre democracia e supremacia da Constituição, bem como a dificuldade de convivência entre esses dois dogmas. Trazemos essa ideia para o debate a partir do estudo de um texto de Bruce Ackerman, em que o autor, por meio de sua teoria dualista, procura demonstrar a possível conciliação entre eles e, assim, do procedimentalismo com o substancialismo.

Em seguida, nos deparamos com o problema de definir qual parte da Constituição traz esse sentido de justiça apto a sobrepor-se às leis – se o próprio texto constitucional ou os valores por trás deste. É então abordada a teoria da jurisdição constitucional de John Hart Ely, na qual o autor demonstra a imposição de um processo justo em face de valores justos dentro do sistema democrático.

Essas duas primeiras teorias têm como objeto de análise o sistema jurídico norte-americano, que se destaca por ter uma experiência constitucional rica e tradicional, servindo de principal modelo para o sistema brasileiro até a Constituição de 1988.

Por fim, analisamos, também perfunctoriamente, uma terceira teoria, a de John Rawls, que tem a vantagem de estabelecer um parâmetro de justiça exterior e anterior a Constituição, seja ela considerada como o texto escrito ou como os valores por detrás deste. Essa teoria, então, distancia-se dessa concepção de justiça pela Constituição, entrando em um âmbito filosófico, que enaltece valores e princípios. Aqui, analisamos como um senso de justiça exterior às normas poderia guiar essa pretensa realização da justiça substancial pelo Judiciário, e que problemas poderíamos ver emergindo daí para o Brasil.

Na conclusão, é realizada uma análise da dinâmica brasileira ante essas teorias, verificando se e como se dá a influência delas no sistema jurídico brasileiro e ainda qual é a concepção de justiça por ele buscada. Pretende-se promover a aproximação dos ideais do Estado Democrático de Direito com a prática do Poder Judiciário brasileiro, sendo fornecidos instrumentos que nos auxiliem na construção efetiva de uma ordem jurídica justa e igualitária, concernente com os fundamentos inscritos na Constituição Federal de 1988. Acreditamos que por meio da reflexão da atuação jurisdicional poder-se-á contribuir para a identificação dos entraves e das possíveis soluções do nosso sistema jurídico.

CAPÍTULO 1 – JUSTIÇA E PODER JUDICIÁRIO

1.1 Justiça – definição de sentido e o princípio de acesso à justiça

A noção de justiça inserta na expressão “acesso à justiça” pode ser entendida de várias maneiras, desde a compreensão de seu aspecto mais restrito, que abrange ou a iguala ao acesso ao Judiciário, quanto pela compreensão que a considera como equidade, como uma justiça social.

Nesse sentido, não há como falarmos em acesso à justiça sem abordarmos a teoria apresentada por Cappelletti e Garth, pois eles foram os precursores de tal abordagem – que muito influenciou o sistema jurídico brasileiro.

De acordo com esses autores, a expressão “acesso à Justiça”, apesar de difícil definição,

serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos [procedimental]; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos¹ [substancial].

Eles esclarecem que, ao desenvolverem sua teoria, o enfoque sobre o acesso à Justiça é primordialmente sobre o primeiro aspecto (acessibilidade), sem perderem de vista o segundo, ao afirmarem que “sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, *pressupõe* o acesso efetivo”².

O conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante que corresponde a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil. Antes, tal acesso significava o direito formal de o indivíduo propor ou contestar uma ação. Para eles,

¹ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 8.

² Idem, loc. cit.

embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, esses direitos não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção, pois eram, até mesmo, anteriores ao Estado, cabendo a este apenas garantir a segurança de tais direitos, ou seja, atuar de forma negativa. O Estado, portanto, permanecia passivo e não se preocupava com a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – somente quem tivesse meios para arcar com seus custos tinha acesso à justiça. Esse era o pensamento ideológico dominante – sob uma ótica individualista e um regime liberal.

Cappelletti e Garth afirmam que, mesmo recentemente, pode ser percebida a indiferença com a qual o estudo jurídico trata as realidades do sistema judiciário, como as diferenças entre os litigantes e a abordagem formalista e dogmática, indiferente aos problemas reais do foro cível – a realidade não era considerada pelos estudiosos do Direito, que se limitavam a uma análise formalista e procedimental.

Com as transformações das sociedades, o individualismo passou a dar espaço à coletividade e, com isso, surgiram os novos direitos humanos, de caráter mais social, incluídos nas modernas constituições, como os direitos trabalhistas, direito à saúde, à segurança material e à educação, necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos. Pretendia-se reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, das comunidades, das associações e dos indivíduos.

Começava assim o movimento do *Welfare State*, em que foi percebida a importância de uma atuação positiva por parte do Estado para garantir o gozo desses direitos sociais básicos, quebrando-se a ótica liberal que este assumia até então.

Com essas transformações, Cappelletti e Garth justificam a atenção atribuída ao direito ao acesso efetivo à justiça, reconhecendo-o como de fundamental importância entre os novos direitos. Eles afirmam que “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”³.

³ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 12.

Os autores afirmam que, embora o acesso à Justiça esteja evoluindo cada vez mais, o mesmo não acontece com a ideia de efetividade, que, para eles “é algo vago”. Eles definem que

a efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como “igualdade de armas” – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos às partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos⁴.

Apesar dessa afirmação, eles consideram que essa perfeita igualdade é utópica, já que as diferenças entre as partes não serão completamente erradicadas. Para eles, é importante, então, saber quantos dos obstáculos ao acesso à justiça podem e devem ser atacados. Esses obstáculos são: alto valor das custas processuais; desproporcionalidade entre o valor da causa e a longa extensão que o processo pode ter – o que o torna oneroso, podendo até mesmo ultrapassar o valor da causa principal; a longa duração do processo. Mencionam ainda a disparidade entre os litigantes, por haver aqueles com maiores vantagens, seja por recursos financeiros, seja por maior aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa, seja ainda por haver litigantes eventuais e habituais, além da disposição psicológica das pessoas para recorrer a processos judiciais e a dificuldade relacionada aos problemas difusos.

Cappelletti e Garth sugerem algumas soluções para tais obstáculos; são as três “ondas” que surgiram ao longo da evolução histórica na busca de ampliar o acesso à Justiça. Tal teoria é sempre reproduzida pela doutrina ao se falar em efetividade do acesso à Justiça, o que torna essencial sua abordagem no presente trabalho.

A primeira onda refere-se à assistência judiciária aos pobres. Apesar de eventuais melhorias, o acesso à Justiça ainda não era efetivo, pois seus destinatários eram vistos pelas equipes de assistência judiciária apenas como “os pobres”, enquanto classe, sendo ignorados em outros interesses como os de consumidores e os de defensores do meio ambiente.

Surgiu assim a segunda onda, preocupada em tutelar os direitos difusos. No entanto, tendo em vista a estrutura do ordenamento jurídico, sempre voltada a conflitos entre duas

⁴ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 15.

partes, havia grande dificuldade em se buscar a tutela a direitos coletivos, tornando necessárias inúmeras reformas para que fossem criados mecanismos aptos a essa defesa.

A terceira onda é resumida pelos autores como “a busca por alternativas de ordem processual, incluindo métodos alternativos de solução de conflitos”. Teria surgido a partir da conscientização de que as reformas processuais propostas pela segunda onda não eram suficientes para ampliar o acesso à Justiça, sendo fundamental a busca por diferentes métodos para a solução dos conflitos.

Cappelletti e Garth aprofundaram os estudos em relação ao problema do acesso à Justiça evidenciando que o movimento por esse acesso é um dos aspectos fundamentais do Estado Social e decorre justamente dessas ondas mencionadas anteriormente.

Numa primeira análise dessa teoria, ao menos superficialmente, resta evidenciada uma lacuna, ou talvez um paradoxo, que poderemos perceber pelos aspectos a seguir expostos. Os autores afirmam que a justiça social, como desejada por nossa sociedade, pressupõe o acesso efetivo⁵. Percebe-se que eles mencionam a justiça social e, mais ainda, o desejo da sociedade, que seriam aspectos considerados por um direito substantivo. Da mesma forma quando mencionam que os estudiosos do Direito limitavam-se a uma análise formalista e procedimental, sem considerar a realidade. Ora, com tal afirmação, levam-nos a pensar que atualmente, portanto, a análise não é puramente procedimental e formalista, novamente demonstrando que não se atêm a aspectos processuais. Isso poderia nos levar a uma interpretação de que o acesso à justiça realmente se relaciona a aspectos extraprocedimentais, mas todo o restante da análise, bem como a solução para o acesso efetivo por meio das três ondas, limita-se a abordagem de aspectos processuais.

Eles chegam a afirmar, até mesmo, que o enfoque sobre o acesso à justiça também caracteriza crescentemente o estudo do moderno processo civil, mas ressaltam que esse estudo deve ser ampliado para além dos tribunais, utilizando-se os métodos de análise de outras ciências, como a sociologia, a política, a psicologia, a economia, entre outras. No entanto, não obstante essa afirmação, voltam a defender que o acesso não é apenas um direito social fundamental, mas também o ponto central da moderna processualística, ou seja, voltam a relacioná-lo com aspectos procedimentais.

⁵ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 8.

Nesse sentido, passamos a analisar a definição atribuída por outros doutrinadores, em especial pelos processualistas brasileiros, de modo a verificar como eles abordam tal questão.

Cintra, Grinover e Dinamarco, na obra “Teoria Geral do Processo”, ao afirmarem que o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o acesso à justiça, entendem que esse acesso “se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira recente, em *acesso à ordem jurídica justa*”⁶. Para os autores, acesso à justiça não é mera admissão ao processo ou possibilidade de ingressar em juízo, mas

uma série de princípios e garantias que, somados e interpretados harmoniosamente, constituem o traçado do caminho que conduz as partes à ordem jurídica justa. O acesso à justiça é, pois, a idéia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias⁷.

Watanabe⁸ igualmente afirma que acesso à justiça não se restringe ao alcance do poder jurisdicional do Estado. Segundo o autor, “parece desalentador concluir que a via estatal de realização da justiça é insuficiente para concretização do fim a que se destina”. Ele também menciona a ordem jurídica justa na tentativa de designar o acesso à justiça, mas vai além ao tentar definir tal ordem jurídica, que implica: direito à informação; adequação da ordem jurídica à realidade socioeconômica do país; direito a um Judiciário adequadamente organizado, composto por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos e direito à remoção dos obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo a uma justiça que tenha tais características.

Dinamarco inicia sua redação chamando atenção para o fato de que não basta alargar o âmbito de pessoas e causas capazes de ingressar em juízo, sendo também indispensável aprimorar internamente a ordem processual⁹. O autor afirma, ainda, que

acesso à justiça é acesso à ordem jurídica justa [...], ou seja, obtenção de justiça substancial. [...]. Só tem acesso à justiça quem recebe justiça. E receber justiça significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com

⁶ CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 39.

⁷ Ibidem, p. 39-40.

⁸ WATANABE apud CARRADORE, E. A. **O novo Código Civil, acesso à justiça e outros temas jurídicos atuais**. Florianópolis: OAB/SC, 2003, p. 16-17.

⁹ DINAMARCO, C. R. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 114.

a participação adequada do juiz e, ao fim, receber um provimento jurisdicional consentâneo com valores da sociedade¹⁰.

No mesmo sentido, Castilho entende ser o acesso ao conjunto de garantias de que depende a viabilização de outros direitos, envolvendo, de tal forma, “a exigência de que a ordem jurídica seja justa (como dissera Watanabe), e que o acesso seja generalizado, efetivo e igualitário (como dissera Cappelletti)”¹¹. O autor prossegue citando Cichoki Neto¹²:

a expressão acesso à Justiça engloba três sentidos: a simples idéia do ingresso do indivíduo em juízo; a visão do processo como instrumento para a realização dos direitos individuais; e a noção, mais ampla, de atribuição, ao Estado, da tarefa de não só garantir a eficiência do ordenamento jurídico, mas também proporcionar a realização da justiça aos cidadãos.

Esse terceiro sentido da expressão acesso à justiça proposto por Cichoki Neto, de uma noção “mais ampla, de atribuição, ao Estado, da tarefa de não só garantir a eficiência do ordenamento jurídico, mas também proporcionar a realização da justiça aos cidadãos” nos leva a indagar se é realmente papel do Judiciário (como Estado) a realização de justiça aos cidadãos. É o Judiciário capaz de garantir uma ordem substancialmente justa ou tão somente um procedimento justo? É uma instituição capaz de satisfazer às demandas da população?

1.2 A capacidade do Judiciário em realizar o acesso à justiça substancial e sua função de guardião da Constituição

Entendemos que as demandas da população certamente não se relacionam com o âmbito processual, mas sim com uma noção substancial de justiça, no sentido de que, como afirma Ihering¹³, a sociedade deseja a afirmação de sua própria pessoa e do seu sentimento de justiça. Assim, muitas vezes, ao ingressar no Judiciário, a preocupação não é com o ganho

¹⁰ DINAMARCO, C. R. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 114-115.

¹¹ CASTILHO, R. **Acesso à Justiça**. Tutela coletiva de direitos pelo Ministério Público: uma nova visão. São Paulo: Atlas, 2006, p. 14.

¹² CICHOKI NETO, apud CASTILHO, op. cit., p. 18.

¹³ IHERING, R. V. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 38.

material da causa, mas sim com o restabelecimento desse senso de justiça que foi violado, ou seja, tal ingresso se dá simplesmente por uma questão de honra, de dignidade, de justiça. Nesse sentido são as palavras de Ihering¹⁴: “é a dor moral da injustiça sofrida que impele a vítima a instaurar o processo – e não o valor pecuniário. O processo deixa de ser uma questão de interesse para transformar-se numa questão de caráter”.

Ihering¹⁵ critica a jurisprudência atual, pois entende que esta considera apenas o valor pecuniário. Para ele, a aplicação do direito romano na atualidade colocou a lesão subjetiva do direito no mesmo nível da lesão objetiva, o que representa uma ofensa ao sentimento de justiça, que exige reparação.

Assim, voltamos à pergunta: será que cabe ao Judiciário realizar esse tipo de justiça? A busca da justiça substancial não dificultaria sua capacidade de realizar a justiça processual de modo eficiente?

No Brasil, o modelo constitucional confere ao Poder Judiciário, mais especificamente ao Supremo Tribunal Federal (STF), a tarefa de guardião da Constituição, o que nos leva a outro questionamento: se, ao realizar a interpretação de leis e dispositivos constitucionais, bem como revisões judiciais, a atuação do Judiciário é realmente legítima no âmbito democrático, tendo em vista os juízes não serem representantes eleitos pelo povo. Esse é um dos problemas enfrentados ao se considerar a Constituição como parâmetro de justiça, afinal, se cabe aos juízes determinar e interpretar os valores nela implícitos, tal atuação passa a limitar e restringir o exercício democrático. Nesse contexto, é indispensável tecermos algumas considerações sobre o controle de constitucionalidade das leis, antes de adentrarmos a apresentação das teorias democráticas, que igualmente abordarão tal questionamento.

Em relação ao modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, a doutrina recai em certa divergência: parte o entende como misto, enquanto parte o entende como jurisdicional.

¹⁴ IHERING, R. V. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 38.

¹⁵ Ibidem, p. 86 e 89.

De acordo com Barroso¹⁶, a Constituição Federal (CF) de 1988 manteve o sistema misto, que combina o controle por via incidental/difuso (que já vinha desde o começo da República), com o controle por via principal/concentrado.

Segundo Ramos¹⁷, a CF de 1988

inaugurou no Brasil uma realidade muito rica quanto ao controle de constitucionalidade das leis. A sociedade brasileira, através de seus representantes, legítimos ou não, apontou para inserção [...] de um conjunto de garantias para ver os direitos nele inseridos verdadeiramente materializados. Daí a importância do sistema de controle de constitucionalidade das leis na CF de 1988, que tendeu para o controle concentrado, dado a segurança que ele aponta.

Ramos enfatiza esse método ante o controle difuso por ter maior segurança e agilidade, prestando-se à proteção e garantia dos direitos fundamentais especialmente porque as decisões da Suprema Corte têm eficácia *erga omnes* e repercussão política imediata, evitando assim os tropeços, as inseguranças, o autoritarismo e a desconsideração política das decisões, que, no controle difuso, têm caráter individual, tendo em vista a possibilidade de se efetuar o controle de constitucionalidade das leis diante de um caso concreto, ou seja, diante de um processo instaurado em razão de um conflito de interesses, podendo ser efetuado por qualquer juiz ou tribunal.

Segundo o autor¹⁸, não basta apenas o controle concentrado de constitucionalidade para garantir a força normativa da Constituição. É necessário que haja, dentro do espírito de cada cidadão, a vontade de ver a Constituição materializada. E essa vontade só se manifestará quando a Constituição traduzir efetivamente os anseios de toda a comunidade, que é consciente de que as normas só são respeitadas por serem reflexo da colaboração de todos na sua elaboração.

Ao tecer algumas considerações filosóficas acerca do controle de constitucionalidade, Ramos ressalta a tese de Rousseau de que “é contra a natureza dos corpos sociais se impor leis que não possam revogar; mas não é nem contra a natureza nem contra a

¹⁶ BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 88.

¹⁷ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **O controle concentrado de constitucionalidade das leis no Brasil**. São Paulo: Celso Bastos Editor / Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 95-96.

¹⁸ *Ibidem*, p. 96-97.

razão que não possam revogar as leis através de solenidades estabelecidas por eles próprios”. Assim, percebe-se que a mutabilidade histórica é um importante fator a ser considerado, pois esta se penetrará na Constituição por meio de mecanismos por ela previstos. Isso não significa que o constitucionalismo seja destituído de sentido e finalidade, legitimando quaisquer poderes, mas sim que as relações de poder impõem aos homens novas formas de organização, de articulação do poder, por isso a importância de prever mecanismos capazes de absorverem essas alterações, mantendo os princípios informadores do próprio constitucionalismo, de modo que não sejam feridas as conquistas que representam um grande avanço no processo civilizatório¹⁹.

O controle de constitucionalidade das leis é intrinsecamente ligado à democracia, pois é voltado para garantir efetivamente o respeito a uma ordem que reconhece aos homens certos direitos inalienáveis e imprescritíveis, sem contudo desconhecer que a marca da democracia é a criação social de novos direitos, longe de ser mera conservação dos já conquistados²⁰. O controle de constitucionalidade só faz sentido quando se volta para garantir um modelo de sociedade resultado de um consenso histórico, o qual procura dar dignidade a todos os homens, uma vez que todos são portadores de direitos inalienáveis e imprescritíveis²¹.

Ao tecer algumas considerações referentes aos modelos de democracia monista (procedimental), dualista e fundamentalista (substancial), os quais serão mais detalhados ao longo deste trabalho, Ramos afirma que o controle de constitucionalidade das leis só é possível nesses espaços democráticos, pois somente dentro deles os direitos fundamentais estão resguardados.

Ressalta-se que, quanto à garantia dos direitos fundamentais, o STF considera não apenas a necessidade de o Estado garantir-lhes à sociedade (concepção vertical dos direitos fundamentais), mas também que as relações privadas devem pautar-se no respeito aos direitos

¹⁹ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **O controle concentrado de constitucionalidade das leis no Brasil**. São Paulo: Celso Bastos Editor / Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 99-100.

²⁰ Ibidem, p. 102.

²¹ Ibidem, p. 103.

fundamentais constitucionais (horizontalização dos direitos fundamentais)²². Seguem as esclarecedoras palavras de Paulo Gustavo Gonet Branco²³:

[...] A percepção de que, no âmbito das relações interpessoais, desenvolvidas sem a presença do Poder Público, não raro se nota um sério desequilíbrio em termos de domínio social, econômico ou político entre as partes, flagrou a evidência de que, muitas vezes, a liberdade de agir de uma das partes não se alça no plano da mera aparência. As razões que conduziram, historicamente, à proclamação dos direitos fundamentais, foram vistas, então, como justificativas hábeis para que esses direitos básicos fossem invocados contra particulares. [...] O discurso majoritário aderiu, então, à ideia de que “as normas sobre direitos fundamentais apresentam, ínsitas a elas mesmas, um comando de proteção, que obriga o Estado a impedir que tais direitos sejam vulnerados também nas relações privadas”.

Nesse sentido, retoma-se o entendimento de que, em havendo a violação de um direito fundamental, caberá ao Estado a ação de repará-lo. Ao menos preliminarmente, podemos entender que tal reparação deva-se dar não apenas no âmbito de questões procedimentais, mas, principalmente, de questões de ordem substancial, já que destaca a violação a direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, à qual entendemos que a demanda judicial assume o caráter de restabelecimento do senso de justiça.

Assim, imagina-se que a tendência atual seja a de buscar a noção de justiça social no direito positivo, não só dentro do ordenamento, mas também inserida no processo judicial. Ackerman apresenta um modelo teórico, concernente ao sistema jurídico dos Estados Unidos, que busca de fato a conciliação dessas duas formas de justiça, a substancial e a procedimental. Passemos então a essa análise.

²² LEAL, S. T. **Controle de constitucionalidade moderno**. Niterói: Impetus, 2010, p. 61.

²³ Apud LEAL, 2010, p. 62.

CAPÍTULO 2 – POSSÍVEL CONCILIAÇÃO ENTRE A JUSTIÇA PROCEDIMENTAL E A JUSTIÇA SUBSTANCIAL

2.1 A teoria dualista de Bruce Ackerman

Tendo em vista a contradição observada no capítulo anterior em relação ao papel do Poder Judiciário, em que o discurso enaltece a justiça substancial, mas a prática limita-se à justiça procedimental, passaremos a analisar a teoria de Bruce Ackerman. Nela, o autor demonstra uma possibilidade de conciliação entre ambos os modelos, demonstrando como se podem equilibrar a democracia e a supremacia da Constituição. Segundo o autor, a Constituição não pode ser vista como se fixasse, definitivamente, os padrões morais da comunidade política, devendo estar aberta às mudanças ocasionadas pelos movimentos populares²⁴.

Em sua obra “Nós, o povo soberano”, por meio da análise do sistema norte-americano, Ackerman propõe um modelo de democracia dualista que se desenvolve em dois momentos distintos: nas políticas rotineiras, cujas decisões são realizadas pelo representante do povo ou pela burocracia estatal, e nas “transformações no sistema”, cuja responsabilidade é exclusiva do povo²⁵.

O autor inicia sua análise com a comparação entre competidores acadêmicos e o modelo mais adequado para captar o modelo da Constituição americana, por ele chamado de *democracia dualista*²⁶. A constituição dualista busca diferenciar as duas possíveis decisões de um sistema democrático: aquelas realizadas pelo governo, que ocorrem diariamente, e as tomadas pelo povo, que raramente ocorrem²⁷.

²⁴ ACKERMAN, B. *Nós, o povo soberano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p xxi.

²⁵ Ibidem, p. xvii.

²⁶ Ibidem, p. 6.

²⁷ Ibidem, p. 7.

Ackerman trabalha com o debate dos monistas X fundamentalistas²⁸, em suas palavras, “a democracia contra os direitos e os direitos contra a democracia”²⁹.

Ackerman situa a teoria de Ely, a seguir exposta, como representante da democracia monista, teoria dominante entre os constitucionalistas de renome do último século. Nesse modelo, os vencedores das últimas eleições têm autoridade para criar leis desde que as eleições tenham sido conduzidas segundo regras justas e livres e que eles não impeçam futuras eleições, mas o autor critica a aplicação desse modelo nos Estados Unidos, pois:

ao invés de conceder o poder a uma única e eleita casa de representantes, os americanos toleram grande insubordinação de ramificações cuja conexão eleitoral é suspensa ou inexistente. Enquanto o Senado dispõe de uma parcela de participação, o principal objeto é a Suprema Corte³⁰.

Desse modo, como os juízes não são eleitos pelo povo, não teriam autoridade de contestar julgamentos de políticos democraticamente eleitos, não sendo então captada a essência da democracia³¹.

Além disso, o autor critica o fato de os monistas afirmarem que os representantes eleitos têm plena autoridade do povo para governar, afinal, não significa que representam o julgamento da maioria mobilizada dos cidadãos³².

Em contrapartida, o dualista enxerga um ponto de vista democrático profundo em muitas práticas distintas que iludem o monista³³.

Ao ser reconhecido o caráter dual do sistema, a Suprema Corte surge sob um novo prisma e sob diferentes perspectivas para ambas as correntes. Para o monista, todos os atos de revisão normativa são antidemocráticos. Já o dualista entende que o desempenho da função de preservação pelos tribunais é fundamental em um regime democrático, de modo que, em vez

²⁸ Embora o autor e outros doutrinadores utilizem o termo “fundamentalistas”, optamos por adotar o termo “fundacionistas”, na tentativa de retirarmos qualquer carga semântica negativa que aquele termo possa trazer.

²⁹ ACKERMAN, B. **Nós, o povo soberano**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 15.

³⁰ Ibidem, p. 9.

³¹ Ibidem, p. 10.

³² Ibidem, p. 11.

³³ Idem, loc. cit.

de ameaçarem a democracia, ao protegerem princípios da cidadania mobilizada, os tribunais a servem³⁴.

O autor apresenta ainda os fundacionistas de direitos, teóricos que, segundo ele, desafiam a primazia da soberania popular, embora reconheçam um espaço para princípios democráticos. Para eles, entre os quais Ackerman inclui John Rawls, que também será mais bem analisado posteriormente, a vontade do povo é limitada por compromissos e direitos fundamentais. Mesmo havendo divergência quanto à identificação dos direitos considerados fundamentais, entendem que são estes que devem ser considerados. Assim, o importante é a possibilidade de ratificar ações opressoras por meio da intervenção judicial – mesmo que, para isso, ignorem o princípio democrático³⁵.

Com sua teoria dualista, porém, Ackerman tenta integrar os fundamentos dos monistas e dos fundacionistas, oferecendo uma estrutura que permite a ambos os lados acomodar alguns de seus interesses. Assim, o primeiro recurso mediador proposto é o sistema de mão-dupla na criação da lei, o qual integra a ênfase aos direitos (dos fundacionistas) com o compromisso democrático (dos monistas)³⁶.

A crítica que os fundacionistas dirigem aos dualistas é relacionada às suas fundamentações para a proteção dos direitos, entendendo-as como superficiais e argumentando que eles somente aclamarão a tutela de direitos se uma garantia for assegurada na criação de lei no grau superior, o que, para Ackerman, é uma hipótese imprevisível. O autor sugere a hipótese de o povo não adotar o legítimo instituto legal – “deve a Constituição ser interpretada de modo a permitir a perpetração injusta da lei?”³⁷.

Para os dualistas, a tutela de direitos depende da declaração democrática prévia na instância superior de criação da lei, afinal, a Constituição dualista é, antes de tudo, democrática e, posteriormente, asseguradora de direitos. Já os fundacionistas entendem o contrário, que a Constituição é, antes de tudo, asseguradora de direitos e, apenas em segundo plano, democrática, autorizando o povo a impor sua vontade sobre outras questões³⁸.

³⁴ ACKERMAN, B. **Nós, o povo soberano**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 12.

³⁵ Ibidem, p. 13-15.

³⁶ Ibidem, p. 15-16.

³⁷ Ibidem, p. 16.

³⁸ Ibidem, p. 17.

Ocorre que, como Ackerman afirma, a Constituição nunca incluiu explicitamente a lei superior diante de uma revisão feita pelo povo, sendo este, portanto, o argumento do autor contra o fundacionismo. Nos Estados Unidos, diferentemente do que ocorre na Alemanha (fundacionista), “é o povo a fonte dos direitos; a Constituição não determina os direitos que o povo deve estabelecer ou exercer”³⁹.

Esse debate entre monistas e fundacionistas deslocou-se para os tribunais, em que, de um lado, há o autor, que insiste em satisfazer um direito fundamental próprio que foi violado; do outro, o réu, que responde perante os tribunais e que devem anuir à autoridade democrática do Congresso⁴⁰. Segundo o autor⁴¹ o dualismo enxerga como aplicáveis tanto a aplicação da legislação em vigor quanto a tutela aos direitos constitucionais, tornando tal conflito solucionável no âmbito dos aspectos democráticos e de justiça tradicionais. Embora isso não seja suficiente para decidir o caso concreto, aponta uma direção voltada para um estudo reflexivo do passado, a fim de determinar quando e como o povo se manifestou no processo histórico da política constitucional bem-sucedida.

Ackerman⁴² afirma que a Constituição é mais que uma ideia, sendo uma prática constitucional evolutiva, constituída por gerações de norte-americanos. Por isso, a maneira pela qual os magistrados constroem as relações estadunidenses com o passado não é um tema que pode ser tratado levemente, pois os assuntos que eles pretendem analisar controlam as atitudes atuais do povo americano⁴³.

Nesse contexto, Ackerman⁴⁴ destaca os três importantes momentos de transformação na história constitucional estadunidense, demonstrando que essas transformações resultam da vontade do povo, que, quando deseja, é capaz de “romper com o passado, alterar o presente e determinar os rumos do futuro”⁴⁵. Esses momentos foram na Fundação, com a Convenção da Filadélfia de 1787, em que se configura a Constituição americana; no “reencontro”, de 1865-1870, quando, após a Guerra Civil, são estabelecidas emendas constitucionais – as emendas da Reconstrução; e no momento da confrontação entre o New Deal, em 1930, e a Velha

³⁹ ACKERMAN, B. **Nós, o povo soberano**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 20.

⁴⁰ Ibidem, p. 21.

⁴¹ Ibidem, p. 21-22.

⁴² Ibidem, p. 47.

⁴³ Ibidem, p. 52-53.

⁴⁴ Ibidem, p. 54-56.

⁴⁵ Ibidem, p. xviii.

Suprema Corte, que resultaria no triunfo constitucional do Estado do bem-estar social. Há, portanto, uma relação entre *revolução* e *Constituição*, em razão de o processo de mobilização política levar a mudanças constitucionais ou até à criação de novas Constituições⁴⁶.

Ackerman⁴⁷ afirma que apenas revisões substantivas na estrutura original da Constituição já foram realizadas, de modo que ele se propõe a revisar o processo de revisão constitucional. Para tanto, ele questiona qual é o sistema interpretativo prevalecente.

Ao analisar as emendas da reconstrução⁴⁸, o autor ressalta que estas nem mesmo poderiam ter sido ratificadas se os republicanos tivessem considerado o princípio disposto no Artigo 5º da Constituição, pois este determinava a exigência de que as emendas deveriam obter o apoio do governo nacional e dos estados da federação, o que não foi observado⁴⁹, tendo os republicanos criado um novo sistema de decisões constitucionais, em que não mais se dependia tanto dos estados, era um procedimento mais nacionalista – ao contrário do que havia imposto os federalistas. Esse é um exemplo de que tais históricos revelam que o povo “é capaz de discutir e deliberar sobre temas constitucionais que irão alterar de maneira significativa a comunidade que habitam”⁵⁰.

Cittadino apresenta a obra de Ackerman⁵¹ ressaltando que o autor

defende a idéia de que os direitos fundamentais do cidadão não são direitos substantivos – igualdade ou igual respeito e consideração –, mas procedimentais, no sentido de que todos os indivíduos têm o direito básico de participar de um processo político deliberativo no qual determinam o conteúdo substantivo dos demais direitos fundamentais, da mesma forma como definem seus destinatários primordiais: “o primeiro, e mais fundamental, é o direito de cada indivíduo ao reconhecimento dialógico como um cidadão em uma conversação política em desenvolvimento”. É o diálogo social, portanto, que define o conteúdo substantivo dos direitos fundamentais.

Ackerman⁵² ressalta o “constitucionalismo patriótico”, que é justamente a capacidade de autodeterminação da comunidade que, em momentos decisivos, ao alterar os valores que

⁴⁶ ACKERMAN, B. **Nós, o povo soberano**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. xvii.

⁴⁷ Ibidem, p. 60-61.

⁴⁸ Ibidem, p. 62.

⁴⁹ Ibidem, p. xix.

⁵⁰ Idem, loc. cit.

⁵¹ Ibidem, p. xvi.

compartilha, pode alterar legitimamente os seus compromissos políticos e normativos. Assim, em tempos normais, os indivíduos buscam a realização de seus projetos pessoais (autonomia privada), mas, em havendo esses momentos históricos decisivos, eles se tornam aptos a deliberar sobre seu próprio destino. Essa é a essência do caráter dual da Constituição.

A revisão judicial exerce importante papel por impedir que as restrições constitucionais sejam violadas pelos políticos, cabendo aos juízes invalidar a legislação por eles proposta e mostrá-los aquilo que são: “meros substitutos do ‘povo em si’. Somente o povo pode mudar a Constituição e os juízes devem impedir que o Congresso proceda a alterações básicas unilateralmente”⁵³. Não significa, com isso, dizer que o Poder Judiciário é superior ao Poder Legislativo, mas sim que o poder popular é superior a ambos e que, em havendo conflito entre o Legislativo, por meio de seus estatutos, e o povo, pela Constituição, esta deverá prevalecer na decisão dos juízes⁵⁴.

Durante uma política normal, ninguém representa o povo isento de problemas, ou seja, os representantes não têm autoridade suficiente para falar integralmente em nome do povo, não tendo então legitimidade para criar ou alterar normas constitucionais; este papel seria do povo mobilizado, o que corresponde à ideia da soberania popular⁵⁵.

No entanto, em havendo mobilizações e debates públicos, partes de um movimento social mobilizado que passe a ter autoridade constitucional para representar, o papel da Suprema Corte é de aderir a essa expressão de vontade constitucional, buscando integrar os princípios vigentes com os anteriormente conquistados pelo povo. A Suprema Corte, então, em seu exercício participativo, torna-se um importante instrumento para a soberania popular voltada para o futuro⁵⁶, pois protege as decisões da cidadania mobilizada ante as deliberações tomadas em tempos de política usual.

Buscando representar as implicações concretas dos princípios passados em nome do povo, a Corte convida o grupo dominante de políticos e estadistas, e, ainda, o público em geral, para um diálogo crítico sobre o futuro.

⁵² ACKERMAN, B. **Nós, o povo soberano**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. xxii.

⁵³ Ibidem, p. 266.

⁵⁴ Ibidem, p. 266-267.

⁵⁵ Ibidem, p. 367-368.

⁵⁶ Ibidem, p. 368-369.

Para Ackerman, os mecanismos de controle de constitucionalidade não serão legítimos se utilizados para declarar a inconstitucionalidade das conquistas revolucionárias obtidas pelo povo; ou seja, a Suprema Corte, contra as grandes decisões políticas tomadas por uma cidadania fortemente mobilizada; não se pode legitimamente invocar o argumento de que tal deliberação viola os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Para que uma decisão política revolucionária, que acarrete uma transformação no sistema, resulte em mudança constitucional, são necessárias três condições: inicialmente, uma quantidade significativa de cidadãos deve ser convencida a discutir tais decisões seriamente; os que se opõem devem ter o direito de expor seus argumentos; por fim, a maioria dos cidadãos deve apoiar a decisão quando de sua discussão nos tribunais, especialmente na Suprema Corte⁵⁷.

O autor propõe um modelo de hermenêutica constitucional denominado de síntese interpretativa, que deve ser adotado pela Suprema Corte ao interpretar a Constituição. Tal modelo sugere que a Corte deve considerar o passado constitucional ao tentar decodificar as “transformações no sistema” ocorridas no presente, ou seja, para Ackerman, a hermenêutica constitucional é, ao mesmo tempo, síntese e interpretação, devendo “estar orientada ou pela salvaguarda dos valores forjados pelo povo ou pela adoção de soluções constitucionais compatíveis com os novos valores que representam a renovação da sua identidade política”⁵⁸.

Ackerman, com efeito, não vislumbra qualquer relação conflituosa entre democracia e direitos fundamentais. Quando a Suprema Corte americana utiliza o controle da constitucionalidade para declarar – em nome da preservação dos direitos fundamentais, por exemplo – a inconstitucionalidade de legislação aprovada majoritariamente pelo Congresso, este processo revisional não pode ser considerado ilegítimo sob o argumento de que viola uma decisão democrática: ‘em vez de ameaçar a democracia, frustrando as demandas legislativas da elite política em Washington, os tribunais a servem, protegendo princípios duramente conquistados da cidadania mobilizada, contra corrosão das elites políticas que falharam na obtenção do sólido apoio popular para as suas inovações’⁵⁹. Consequentemente, o instituto da revisão judicial é legítimo na medida em que preserva as decisões provenientes da autoridade de um povo mobilizado,

⁵⁷ ACKERMAN, B. **Nós, o povo soberano**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. xxiv-xxv.

⁵⁸ Ibidem, p. xxv-xxvii.

⁵⁹ Ibidem, p. 12.

capaz de soberanamente deliberar e instituir as normas e princípios que regulam as suas próprias relações⁶⁰.

Apresentados os principais argumentos dessa teoria dualista, aos quais teceremos maiores considerações na conclusão deste trabalho, passaremos à análise da teoria de John Hart Ely.

⁶⁰ ACKERMAN, B. **Nós, o povo soberano**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. xxiii.

CAPÍTULO 3 – A TEORIA PROCEDIMENTAL DE JOHN HART ELY

Para darmos seguimento a este trabalho, analisaremos a teoria procedimental proposta por John Hart Ely em sua obra “Democracia e Desconfiança – uma teoria do controle judicial de constitucionalidade”, que igualmente tem como objeto o sistema judicial norte-americano.

Essa análise é de extrema relevância para esta pesquisa, pois Ely apresenta alguns argumentos que visam sanar a dificuldade de definição da parte da Constituição que traz o sentido de justiça, se seu texto literal ou os valores nele implícitos, o que nos servirá de modelo em relação ao Brasil.

Escrevendo nos anos 1980, John Hart Ely afirma, ainda no prefácio de sua obra, que o debate constitucional da época abordava a seguinte questão: seguir apenas o disposto na Constituição, sendo considerado ilegal tão somente o que os legisladores consideravam inconstitucional, ou reconhecer que os tribunais possuem autoridade para corrigir e reavaliar as opções valorativas do Legislativo? Para o autor, nenhuma das duas ideias seria compatível com a atualidade e o sistema norte-americano, por isso ele propõe uma terceira teoria, que seja coerente com os pressupostos implícitos e estruturada de modo que os tribunais sejam instrumentos para tornar tais pressupostos uma realidade. Veremos essa proposta adiante, mas, antes, é fundamental entendermos como o autor chegou a ela.

3.1 Tensão entre o texto e os valores da Constituição

Enquanto Ackerman versa acerca do debate entre monistas e fundamentalistas, Ely aborda a correspondente disputa da teoria constitucional, qual seja, a do interpretacionismo X o não interpretacionismo. Para o primeiro, os juízes devem limitar-se a fazer cumprir o que dispõe a Constituição escrita – o que corresponderia, aproximadamente, ao positivismo. Já o não interpretacionismo afirma que os tribunais devem ultrapassar essas referências constitucionais e fazer cumprir normas que não se encontram claramente indicadas na

linguagem do documento – o que equivaleria aproximadamente ao jusnaturalismo⁶¹. Para nossa análise, consideramos, com a devida cautela, que este primeiro seria compatível com a busca por uma justiça procedimental, enquanto o segundo, por uma justiça substancial.

O autor afirma que o interpretacionismo sempre foi a tendência da Corte, não só por encaixar-se melhor nas concepções costumeiras do que é o direito e como ele funciona, mas também por ser mais compatível à teoria democrática subjacente aos EUA, no sentido de trazer mais segurança às decisões, por serem estas convergentes ao entendimento do legislador. Desse modo, respeita-se a democracia representativa, que desde o início foi aceita pela sociedade⁶².

Ely discorre acerca desse argumento ligado à democracia representativa demonstrando que já o processo pelo qual a Constituição foi adotada foi planejado para ser o mais democrático possível, o que foi reforçado quando a ratificação da Constituição tornou-se necessária, em que foram eleitas “convenções populares de ratificação” em cada estado para fazê-lo. Trechos do *Federalist 39* e do *Federalist 57* demonstram a importância de toda a população participar de processos eleitorais, na eleição dos representantes, e não apenas classes mais favorecidas. Além disso, o autor chama a atenção para o fato de a Constituição, após sua ratificação, ter-se tornado um documento de referência para todas as pessoas nos EUA, mesmo aquelas que não concordavam com a ratificação, o que é explicado por elas terem aceitado a legitimidade do veredito pela maioria⁶³.

A ausência dessa democracia representativa é justamente a fragilidade do não interpretacionismo, que sofre a crítica de ser antidemocrático e não tem argumentos para rebatê-la, já que reconhece que a democracia majoritária é o cerne do sistema norte-americano. Ademais, o autor menciona que, embora seja tarefa árdua, os não interpretacionistas não evitam as contradições com o princípio do governo majoritário ao tentar combater a prática na qual uma maioria, com poder ilimitado para determinar a política governamental, concede benefícios em detrimento da minoria restante, constituindo-se muitas vezes em uma prática tirânica. Nas palavras de Ely, uma maioria livre para agir é “coisa perigosíssima”, mas simplesmente impor uma constituição não escrita por parte de

⁶¹ ELY, J. H. **Democracia e desconfiança**. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 3.

⁶² Ibidem, p. 6-8.

⁶³ Ibidem, p. 8-10.

autoridades não eleitas – no caso, os juízes –, em uma república democrática, como o fazem os não interpretacionistas, talvez não seja a resposta adequada⁶⁴.

Os interpretacionistas admitem a possibilidade de haver tirania por parte da maioria, mas justificam ser por isso que certos direitos devem ser protegidos, conforme determinado pela Constituição, o que acabaria por limitar o governo da maioria. Embora isso pareça ser mais democrático, em razão de as limitações impostas serem determinadas pelo próprio povo (pela democracia representativa), Ely demonstra que esse entendimento é, em grande parte, incorreto, pois as emendas constitucionais que hoje geram polêmicas representam o sentimento de pessoas já falecidas há mais de um ou dois séculos, o que inviabiliza uma interpretação idêntica à antiga. Assim, Ely admite que o interpretacionismo também não é democrático ao aplicar a Constituição com a justificativa de estar colocando em prática a vontade do povo, afinal, o contexto social e, conseqüentemente, a vontade do povo são bem diferentes⁶⁵.

O debate sobre o interpretacionismo não se resume apenas em delimitar a atuação do juiz no sentido de aplicar a lei sem que emita juízos, mas abrange outra tese, a qual entende que “aplicar a Constituição” significa partir de premissas que estão implícitas ou claramente explícitas em seu texto.

Assim, o autor sugere a distinção de duas possíveis visões para o interpretacionismo. A primeira entende não ser possível atribuir um conteúdo inteligível a certas frases da Constituição apenas com base em sua linguagem e na história legislativa que estão inseridas, necessitando, assim, de um conteúdo externo ao documento. A outra entende que não há necessidade alguma de conteúdo externo, sendo possível interpretar os dispositivos constitucionais com base em sua linguagem e na história legislativa, por serem estas unidades contidas em si mesmas. Segundo o autor, porém, esta segunda forma de interpretacionismo, que é a convencional, é problemática e até mesmo inviável⁶⁶.

Para demonstrar essa distinção, Ely menciona alguns dispositivos e emendas constitucionais. Quanto aos dispositivos, a título de exemplificação, o autor apresenta alguns

⁶⁴ ELY, J. H. **Democracia e desconfiança**. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 12.

⁶⁵ Ibidem, p. 13-16.

⁶⁶ Ibidem, p. 16-17.

requisitos para ocupar a presidência, como a exigência de que o presidente tenha trinta e cinco anos de idade – exigência esta clara, objetiva e que dispensa qualquer abordagem implícita dessa passagem – e a exigência de ele ser “cidadão nato” – exigência não tão clara assim, a qual demanda uma referência ao uso histórico da passagem para entendermos qual é o significado correto a ser empregado.

Quanto às emendas constitucionais, Ely analisa suas origens e intenções ao serem criadas.

3.2 Tendência histórica da Suprema Corte: *substantive x procedural*

No quadro do debate entre interpretacionismo x não interpretacionismo, são apresentadas as questões procedimentais em contraposição às questões substantivas, as quais serão mais bem apresentadas a partir da análise de algumas emendas à Constituição.

A *cláusula do devido processo legal*, da Décima Quarta Emenda, serve de fundamento para inúmeros casos no campo do controle substantivo da ação legislativa. Seu texto determina que nenhum estado poderá “privar uma pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”⁶⁷.

Assim, em decisões que declaravam a nulidade de algumas disposições para a proteção do trabalhador, bem como das leis antiaborto, esta emenda era citada pela Corte, de modo a justificar sua autoridade no exercício do controle da constitucionalidade. Ely afirma que a noção do devido processo substancial é amplamente aceita pelos críticos, o que é demonstrado com as palavras de Archibald Cox⁶⁸, que merecem transcrição:

Encontro vínculos suficientes na Cláusula do Devido Processo... O fato de a Corte ter recorrido reiteradamente por quase um século à noção do devido processo substantivo confirma a força de nossa herança jusnaturalista nas decisões constitucionais, e acredito que seja tolo, além de inútil, resistir a isso.

⁶⁷ ELY, J. H. **Democracia e desconfiança**. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 19-20.

⁶⁸ Apud ELY, op. cit., p. 20.

No entanto, para Ely⁶⁹, interpretar essa cláusula como autorização geral ao exercício do controle judicial sobre valores substantivos das decisões do Legislativo e do Executivo é um equívoco, pois os redatores dessa emenda se referiam apenas aos procedimentos legais, querendo atingir questões procedimentais. Seguem as palavras de Stanley Morrison⁷⁰, ao concordar com o Juiz Black sobre a Décima Quarta Emenda:

Quando tenciona, assim, abolir o devido processo substancial, ele tem a seu favor boas razões históricas. Se a cláusula for interpretada de acordo com o significado que tinha para os constituintes e outras pessoas em 1868, tal teoria não pode ser justificada. É uma [...] excrescência posterior, derivada de fontes do direito natural.

Apesar disso, há decisões anteriores à Guerra Civil que interpretavam como sendo proibidos certos resultados substantivos. Foi o caso do *Dred Scott vs. Sandford*, no qual a Suprema Corte declarou inconstitucional o Compromisso do Missouri, concluindo-se que os senhores de escravos tiveram negado o devido processo. Embora apresente tal caso como “aberração”, Ely ressalta que, mesmo incidentalmente, podia haver uma interpretação substantiva desta cláusula⁷¹.

O autor afirma que a intenção dos constituintes não pode ser descartada, mas é pautada na própria linguagem constitucional, ou seja, “o único indício confiável daquilo que ‘os ratificadores’ julgavam estar ratificando é a linguagem do dispositivo que aprovaram”⁷².

Ao analisar a linguagem da cláusula do devido processo, Ely apresenta a obviedade no sintagma “devido processo”, mostrando ser essa a única interpretação possível, ou seja, relacionada a processo (no mesmo sentido que hoje é conceituado). No entanto, já ao mencionar “devido processo substancial”, resta claro o paradoxo entre os termos⁷³. Essa contradição é problemática pelo efeito negativo que a noção do devido processo substancial parece ter sobre o correto funcionamento da cláusula do devido processo, que seria de garantir procedimentos justos.

⁶⁹ ELY, J. H. **Democracia e desconfiança**. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 20.

⁷⁰ Apud Ely, op. cit., p. 21.

⁷¹ Ibidem, p. 21-22.

⁷² Ibidem, p. 23.

⁷³ Ibidem, p. 24-25.

Observa-se que esse paradoxo dos termos e interpretações a eles conferidas é semelhante àqueles analisados no primeiro capítulo, acerca do acesso à justiça e do papel do Judiciário. Ely nos levaria a concluir, ao menos num primeiro momento, que uma função jurisdicional que visasse garantir a justiça substancial teria um reflexo negativo e conflitante com a obtenção da justiça procedimental, esta sim função do Judiciário. Contudo, deixaremos para tecer comentários conclusivos apenas no final desta pesquisa, quando teremos argumentos mais concretos para fazê-lo.

Voltando à cláusula do devido processo⁷⁴, o autor afirma que não havia dificuldade em aplicá-la, entendendo-se ser vedado ao Estado provocar danos sérios ao indivíduo sem o devido processo legal. No entanto, mais recentemente, a Corte mudou esse entendimento e determinou que, antes de admitir que o indivíduo tivesse direito ao devido processo, ele deveria demonstrar que foi privado de um interesse de liberdade ou de propriedade. Essa mudança ocasionou uma grande redução no número de situações que o indivíduo tem direito à proteção procedimental, o que fez com que a Corte, passasse a efetuar distinções excessivamente sutis, além de ter de emitir juízos a respeito dos méritos das causas que ainda tinha de apreciar. Assim, primeiro a Corte deveria decidir se o indivíduo tinha ou não o direito sobre algo para somente depois decidir se haveria uma audiência para provar esse direito.

Ely analisa como se deu esse processo, afinal, o direito ao devido processo procedimental já estava consolidado. Ele explica, porém, que possivelmente fora em razão do ressurgimento do devido processo substancial, pois, quando o conteúdo substantivo passou a fazer parte do devido processo, os juízes passaram a procurar maneiras de limitar a abrangência de sua própria autoridade, limitando então o devido processo⁷⁵.

Embora a cláusula do devido processo permanecesse restrita ao seu papel de garantir procedimentos justos, não conferindo aos juízes autoridade para questionar a política substantiva considerada, a Corte poderia tornar difícil a implementação de tal política, fazendo exigências procedimentais severas e tendo de abordar questões externas à Constituição para decidir qual é o processo devido, como, por exemplo, ao mensurar tempo e dinheiro⁷⁶. No entanto, essas decisões relativas ao processo são diferentes daquelas

⁷⁴ ELY, J. H. **Democracia e desconfiança**. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 25-29.

⁷⁵ Ibidem, p. 27.

⁷⁶ Ibidem, p. 27-28.

relacionadas ao devido processo substancial, pois são limitadas – visam apenas decidir quais os procedimentos necessários para tratar o demandante de certa forma, e não se ele *pode* ou *não* ser tratado de tal forma, o que demandaria, obviamente, uma delegação mais ampla.

A questão volta no debate sobre a Cláusula de Privilégios ou Imunidades da Décima Quarta Emenda⁷⁷, a qual determina que “nenhum estado fará ou executará qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidade dos cidadãos dos Estados Unidos”.

De acordo com Ely, a linguagem dessa cláusula é muito aberta, de modo que, no caso *Slaughter-House*, em que cidadãos brancos contestavam o monopólio do abate de animais estabelecido pelo Governo de Reconstrução da Louisiana, acusando-o violar as disposições da Décima Terceira e da Décima Quarta Emenda, a Corte se deparava com duas alternativas: “reduzir a cláusula de Privilégios ou Imunidades a quase nada ou interpretá-la como se fosse a fonte autoexecutável de um arsenal completo de direitos jurídicos (liberdades comerciais, inclusive) que deveriam ser aplicados pela Corte”⁷⁸.

Para Ely, essa cláusula, bem como toda a Décima Quarta Emenda, versa sobre a causa da igualdade para os negros. Seu texto, derivado da constituição original, foi uma disposição de igualdade, que pretendia impedir um tratamento diferenciado a cidadãos de outros estados, assegurando igualdade entre cidadãos locais e forasteiros⁷⁹. Protegia os cidadãos de um estado contra a legislação hostil e discriminatória de outros estados. Além da intenção de a Cláusula de Privilégios e Imunidades ter sido um instrumento que contribuiu para a meta das igualdades dos negros, Ely ressalta que ela também foi importante por declarar que há um conjunto de direitos que nenhum estado pode negar (pelo menos a um cidadão norte-americano). Assim, como apresenta o autor, o juiz Field passou a tratar de direitos fundamentais e inalienáveis, tentando dar à cláusula um conteúdo substantivo. Como colocado por Ely, “antes, durante e depois da elaboração das emendas de reconstrução, as noções de igualdade e direito substantivo já tendiam a confundir-se, o que é compreensível”⁸⁰.

⁷⁷ ELY, J. H. **Democracia e desconfiança**. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 29-39.

⁷⁸ Ibidem, p. 30.

⁷⁹ Ibidem, p. 32.

⁸⁰ Idem, loc. cit.

Restou clara a independência e autonomia da cláusula de privilégios e imunidades, não sendo apenas uma reprodução da cláusula da igual proteção, como colocado por Ely⁸¹, pois sua finalidade era oferecer a todos um conjunto de direitos. Segundo o autor, o juiz Black concluiu até mesmo que tal cláusula incorporava a Declaração de Direitos e a tornava aplicável aos estados, no entanto, diante da polêmica quanto a essa aplicação ser ou não restringida aos cidadãos americanos, surgem argumentos contrários a esse entendimento, no sentido de que, se tal cláusula abrangesse toda a Declaração de Direitos, outras cláusulas seriam igualmente abarcadas, o que, para Ely, destruiria a tese de que a Declaração de Direitos deveria ser aplicada aos Estados. Na verdade, não haveria nada nos documentos e na linguagem do dispositivo que comprovasse que a incorporação da Declaração de Direitos fosse a única função da cláusula de privilégios e imunidades, evidenciando que o próprio juiz Black buscou esse entendimento de forma pessoal, de acordo com sua própria visão, adotando o não interpretacionismo⁸².

Assim, conclui o autor que a interpretação dessa cláusula deve ser de acordo com o que ela dispõe, ou seja, aquela sugerida pela linguagem do seu texto⁸³, delegando aos futuros responsáveis pelas decisões referentes à Constituição a proteção de certos direitos que o documento não lista e nem dá diretrizes de como serem encontrados. Ely demonstra, inclusive, que os constituintes da Décima Quarta Emenda remeteram-se várias vezes ao significado atribuído pelo juiz Washington em um caso concreto, no qual, embora tenha tentado definir seus limites, percebeu suas diversas possibilidades, que eram claramente abarcadas na categoria geral de privilégios considerados fundamentais.

A *cláusula da igual proteção* determina que “Nenhum estado... negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis”. Ely⁸⁴ demonstra que, pelo seu texto literal, já se pode perceber que ela foi criada para proibir certos tipos de desigualdades, em especial, a que existia entre brancos e negros (embora seu texto utilize, de forma consciente, uma linguagem geral). O autor ressalta o fato de nem sempre a desigualdade poder ser proibida, devendo-se utilizar não só o fundamento racional para a distinção das situações e a consequente aplicação da referida cláusula, mas também, pelo menos, mais um critério, não

⁸¹ ELY, J. H. **Democracia e desconfiança**. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 19-20, p. 33.

⁸² Idem, loc. cit.

⁸³ ELY, op. cit., p. 38.

⁸⁴ Ibidem, p. 40.

explícito – nem implícito – na Constituição, ou seja, o conteúdo desse dispositivo não pode ser derivado nem da Constituição, nem da intenção dos constituintes. Nesse sentido, Ely entende que esta cláusula é uma autorização bastante ampla para que se julgue a validade das decisões governamentais⁸⁵.

O autor apresenta, ainda, a grande polêmica em torno da Nona Emenda⁸⁶, que é aplicável ao governo federal e estabelece que “a enumeração de certos direitos na Constituição não será interpretada de modo que se neguem ou se diminuam outros retidos pelo povo”. Ely afirma que, embora pareça aberta e utilizável para qualquer argumentação, o fato é que esta emenda se refere a direitos não enumerados – ao contrário da cláusula do devido processo, que é bem objetiva ao falar do processo.

O autor apresenta a interpretação tradicional, que se fundava pelo receio de que a inserção de uma declaração de direitos significasse a ampliação do poder federal, o qual teria de abranger mesmo o que não fosse expressamente incluído entre os direitos citados nas primeiras oito emendas. Teria sido essa a justificativa de Madison para acrescentar esta emenda à Declaração de Direitos, mas não seria a única razão de sua inserção. Posteriormente, como demonstra Ely, a Décima Emenda – “Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem proibidos por ela aos estados, são reservados a estes, respectivamente, ou ao povo” – confirmava que sua interpretação deveria ser literal, ou seja, que “os poderes não delegados não foram delegados”⁸⁷.

Ely⁸⁸ demonstra os motivos apresentados por Madison para não ter pedido a inserção da Declaração de Direitos, em que distinguia a questão dos poderes enumerados dos direitos não enumerados. A possibilidade de os direitos não enumerados serem desconsiderados leva à conclusão de que serão, portanto, autorizados. Madison afirmava haver a intenção de obstar a autorização de poderes não expressos e a depreciação de direitos não enumerados, tema principal da Nona Emenda, conforme apresenta Ely.

Não obstante a polêmica em torno de sua interpretação e da interpretação federalista apresentada, Ely menciona que a emenda visava ao controle das ações federais, do governo

⁸⁵ ELY, J. H. **Democracia e desconfiança**. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 41-42.

⁸⁶ Ibidem, p. 45-47.

⁸⁷ Ibidem, p. 47.

⁸⁸ Ibidem, p. 48.

federal, não se falando em autorização para que o Congresso e estados criassem outros direitos⁸⁹.

Para o juiz Black, a Nona e a Décima Emenda eram similares, pois reivindicavam da Corte e do Judiciário federal o “poder de declarar nulo qualquer ato legislativo que os juízes considerem irracional, irrazoável ou ofensivo” – entendimento este que Ely não partilha, por isso passa a apresentar duas saídas possíveis para o interpretacionista⁹⁰.

A primeira, um tanto quanto superficial, e que Ely assume não ter visto ninguém defender, supõe a existência de um dispositivo constitucional que protegesse fantasmas. Assim, não acreditando que fantasmas existem, o próprio dispositivo poderia simplesmente ser ignorado. Ocorre que esse fantasma é o direito natural, portanto, sendo dele que se retirariam as interpretações das cláusulas abertas, como a Nona e a Décima Quarta emenda. A partir do momento em que não se acredita nesse direito, ignoram-se tais cláusulas. Essa saída não merece acolhida, pois o direito natural não foi utilizado pelos constituintes quando inseridos dispositivos que delegavam ao futuro novas interpretações, tanto o é que a Constituição nem mesmo os menciona.

A outra saída assumida é a de que, mesmo assumindo que essas cláusulas estabeleceram direitos constitucionais, elas *não foram feitas para ser garantidas pelo Judiciário*, devendo ser tratadas como se tivessem sido dirigidas às esferas políticas. Ely demonstra que não havia realmente algum dispositivo que indicasse a intenção de essa cláusula ter aplicação judicial e que, ao contrário, nos poucos casos de decisões citadas como provas de que havia a intenção do controle de constitucionalidade, estas foram fundamentadas no não interpretacionismo, tendo autorização e justificativas externas à constituição.

Quanto à décima Quarta Emenda, Ely afirma que a intenção até era que fosse aplicada mais pelo Congresso que pelos tribunais e que, na época de sua ratificação, declarou poucos atos inconstitucionais, mas restou clara essa delegação de autoridade. O autor

⁸⁹ ELY, J. H. **Democracia e desconfiança**. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 50.

⁹⁰ Ibidem, p. 51-53.

demonstra que algumas leis foram declaradas inconstitucionais ou nulas, mas percebia-se que a atuação dessa instituição estava ligada a casos que causavam perturbação⁹¹.

O fato é que, segundo o autor, deveria haver uma abordagem honesta da aplicação judicial das disposições abertas da Constituição, concernente com o compromisso da democracia representativa – do contrário, certamente, a possibilidade de proibir tal atividade deveria ser considerada. Para Ely, “dado o fracasso óbvio da modalidade dominante de controle por meio do ‘não interpretacionismo’, foi sábia a intuição do juiz Black: negar essa autorização ao Judiciário”⁹².

Assim, tendo em vista essa primeira conclusão de negar ao Judiciário a interpretação das disposições constitucionais abertas, Ely passa a analisar melhor o não interpretacionismo, corrente que defende justamente o contrário: que a Corte, nesse contexto, deve definir e impor os valores que são realmente importantes ou fundamentais. Segundo Bickel⁹³, a Corte é “uma instituição responsável pela evolução e aplicação dos princípios fundamentais da sociedade”, e sua “função constitucional é definir valores e afirmar princípios”.

No entanto, embora haja a pretensão de ser o mais impessoal e objetivo possível, Ely⁹⁴ afirma ser inevitável que o juiz, de forma consciente ou não, lance mão de seus próprios valores, o que é inaceitável.

Para explicar o motivo dessa inaceitabilidade, Ely utiliza a “falácia do realismo modificado”⁹⁵, mostrando que as pessoas teriam percebido a condição humana dos juízes e esta resultava na inserção de seus valores pessoais em argumentos jurídicos. Embora pareça lógica tal atitude, compatível ao que o juiz deveria fazer, o autor observa que a teoria realista não diz quais valores devem ser impostos, por isso, não poderia ser uma teoria das decisões judiciais, além de não haver garantia de que os valores partilhados pelos juízes fossem os mesmos da sociedade.

⁹¹ ELY, J. H. **Democracia e desconfiança**. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 54.

⁹² Ibidem, p. 55.

⁹³ Apud ELY, op. cit., p. 58.

⁹⁴ ELY, op. cit., p. 58.

⁹⁵ Ibidem, p. 58-59.

Admitindo, ainda assim, essa noção realista, Ely ressalta⁹⁶ a dificuldade em conciliar essa atitude com a teoria democrática dos Estados Unidos. Entendendo que o Judiciário não interfere nas questões políticas e governamentais, poder-se-ia afirmar que estaria compatível com a teoria democrática, mas esse seria um argumento ingênuo, tendo em vista ser cada vez mais crescente a influência da Corte no funcionamento da nação, e, mesmo que esta não contrarie permanentemente a vontade de uma maioria, pode atrasar a implementação dessa vontade durante décadas. Aliás, ao abordar o (pouco) controle formal sobre a Corte, o autor demonstra alguns casos nos quais ela parece realmente dificultar o exercício das outras esferas, como, por exemplo, para emendas à Constituição⁹⁷. O autor menciona ainda o fato de o presidente nomear e o Senado confirmar os membros da Corte, mas estes novos membros, ao atuarem nessa esfera, mostrarem-se – como tem sido na maioria dos casos – diferentes do que o próprio presidente esperaria. Ainda assim, eles têm um longo mandato. Também por esse motivo o Judiciário é considerado bem menos democrático que o Legislativo e o Executivo – pela forma que os membros da Corte são escolhidos⁹⁸.

De acordo com Kurland⁹⁹, os próprios realistas afirmam que o caráter antidemocrático da Corte pode levá-la à destruição, o que, como explica Monaghan¹⁰⁰, ocorre porque a Corte sabe que, se intervir frequentemente no processo político, os controles formais podem ser colocados em prática. Contudo, Ely demonstra que tal possibilidade nunca foi realmente próxima, ao contrário, mostra que a Corte tem crescido cada vez mais. “O público passou a esperar que a Corte interviesse contra os maiores abusos. Então, a Corte é obrigada a intervir”¹⁰¹. Ely questiona essa obrigatoriedade em intervir, mas concorda que, ao fazê-lo, a Corte não sofre consequência alguma.

Justamente por isso, aliás, que poucos defendem os valores do juiz como decisões constitucionais, havendo a necessidade de buscar algo externo, seja o direito natural, seja um consenso dos valores da nação. Assim, Ely passa a analisar esses fatores externos e tal análise é de grande importância em nosso trabalho.

⁹⁶ ELY, J. H. **Democracia e desconfiança**. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 59.

⁹⁷ Ibidem, p. 61.

⁹⁸ Ibidem, p. 62-63.

⁹⁹ Apud ELY, op. cit., p. 63.

¹⁰⁰ Apud ELY, loc. cit.

¹⁰¹ Apud ELY, op. cit., p. 64.

Embora muitos defendessem a existência do direito natural e a obrigatoriedade de as leis postas serem convergentes a ele, Ely¹⁰² demonstra que os constituintes não o consideraram na elaboração da Constituição, seja por acharem a teoria jusnaturalista inconcebível, seja por acabarem por confundi-lo com o direito positivo – o fato é que a Constituição americana sequer o menciona.

Não obstante a Declaração de Independência ter sido formulada com esse fundamento, Ely¹⁰³ demonstra haver uma diferença crucial na função de ambos os documentos. Ele afirma que a Declaração de Independência era uma petição e, como tal, plena de argumentos de todas as ordens. Além disso, coloca que ideias revolucionárias estão sempre fundamentadas no direito natural, já que normalmente são contrárias ao direito positivo. Já em relação à Constituição, afirma que esta é uma estrutura de governo e, não havendo mais as discussões à época da independência, não se justificaria fundamentar-se numa filosofia jusnaturalista.

Ely acreditava, porém, que o direito natural poderia ter algum significado jurídico à medida que se recorria a ele quando o direito positivo não fornecia uma regra aplicável a um caso concreto. Contudo, isso não significava que este era visto como uma fonte de valores aptos a serem confrontados com o direito positivo, pois, segundo Haines¹⁰⁴, “as teorias jusnaturalistas caracterizam-se por uma particular falta de clareza, que é tanto uma vantagem quanto uma desvantagem na aplicação de suas teses”. A vantagem é que, justamente pela falta de clareza, pode-se invocar tal direito para todas as causas, o que se torna também sua desvantagem, visto que permite a todos, na defesa de quaisquer causas – legítimas ou não – invocá-lo.

Unger¹⁰⁵ afirma que todas as tentativas de construir uma teoria moral e política acerca de uma natureza humana universal falharam, pois caem sempre no dilema de os fins universais serem poucos e abstratos demais para dar conteúdo à ideia do bem ou são muito numerosos e concretos para serem, de fato, universais. Por isso, somos obrigados a escolher

¹⁰² ELY, J. H. **Democracia e desconfiança**. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 64.

¹⁰³ Ibidem, p. 65-66.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 67.

¹⁰⁵ Apud ELY, op.cit., p. 68-69.

entre a trivialidade e a implausibilidade. Desse modo, tal teoria não foi apreciada pelos Estados Unidos.

Ely menciona a questão de discussões aparentemente éticas, mas que, para ele, são apenas discordâncias sobre fatos, embora cite questões como a de crueldade com os animais e a do aborto, que então têm como objetivo a amplitude do universo moral, e não uma afirmação factual qualquer. Para resolver controvérsias, porém, Ely questiona se caberia aos tribunais ter de determinar os fatos verdadeiros e depois aplicar os princípios morais apropriados, para o que ele mesmo oferece a resposta, dizendo que não resta claro se é tarefa dos juízes determinarem os fatos nessas situações. Ele afirma que as questões mais amplas de interesse público envolvem fatos legislativos e fatos judiciais específicos. Não se podendo afirmar se os tribunais são mais ou menos aptos para determinar os fatos legislativos, diante dos pontos falhos que envolvem tais questões. O que Ely considera realmente relevante nas controvérsias sobre políticas públicas é saber como as instituições públicas devem-se comportar sob condições de incerteza empírica – e não significa que seja profundamente moral, nem que os tribunais devem resolvê-lo por ter mais direito ou capacidade para tanto¹⁰⁶.

Sua conclusão acerca das questões morais é que é possível raciocinar sobre elas, mas debater questões éticas não significa descobrir uma verdade ética absoluta. Por isso, reafirma o autor, que a sociedade americana não aceita um conjunto de princípios morais que sirva para derrubar as decisões dos representantes eleitos.

Ely apresenta a teoria de Herbert Wechsler, dos princípios neutros¹⁰⁷, em que a Corte Suprema deveria agir com base em princípios que ultrapassam o caso em questão e tratar os casos semelhantes de maneira semelhante, ou seja, após proclamar certo princípio em um litígio, este deveria servir de base para todos os outros casos.

O fato é que essa teoria sofreu algumas modificações e esses “princípios neutros” passaram de meros requisitos para uma boa conduta judicial para ser uma fonte de decisão constitucional. As críticas endereçadas a essa teoria questionam tanto o conteúdo desses princípios quanto sua origem. Além disso, entendem que não basta ser neutro, devendo ter

¹⁰⁶ ELY, J. H. **Democracia e desconfiança**. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 70-72.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 72-74.

uma condição de generalidade, o que não fornece um conteúdo substantivo, não restando clara uma fórmula que permitisse garantir a adequação do princípio.

Ely também aborda a tese da razão como fonte fundamental dos valores e o faz a partir do argumento de Alexander Bickel, que entende que os juízes deveriam empregar o método de raciocínio próprio ao discurso da filosofia moral¹⁰⁸. Para ser eficaz, a razão deveria considerar um modo de raciocínio e suas premissas. As ideias básicas, portanto são que “a filosofia moral é o próprio objeto do direito constitucional; que existe uma maneira correta de praticar essa filosofia; e que os juízes são mais aptos que outros para identificá-la e aplicá-la”¹⁰⁹, tendo em vista que os juízos morais mais seguros são os imparciais e estes são mais bem feitos pelos juízes, e não pelos legisladores, que têm a imparcialidade dificultada por atuarem sob certa pressão dos eleitores.

Contudo, Ely¹¹⁰ entende ser um erro crasso considerarmos que há um “método da filosofia moral”, como uma só verdade absoluta. Para ele, não há um único método, por isso critica Dworkin, que assim entendia e sugeria a adoção da teoria de Rawls, que sugere que os valores seriam iguais para todos, com base nos princípios da justiça¹¹¹. Para Ely, certamente haveria uma distorção sistemática na escolha dos valores fundamentais pelos juízes, que privilegiariam valores da alta classe média (pois dela sua maioria é advinda), e não questões mais básicas, como emprego, moradia, alimentação.

Assim, nas palavras de Ely¹¹²,

a objeção à “razão” como fonte de valores fundamentais define-se melhor, portanto, quando formulada como uma alternativa: ou ela é tão vazia quanto os “princípios neutros” ou é tão elitista e antidemocrática que deveria ser desconsiderada imediatamente.

Ely¹¹³ demonstra que a tradição, tomada como fonte de valor, também é inviável, até porque se entende que os Estados Unidos possuem apenas duas tradições, que se conflitam: a mais recente, igualitária; e a anterior, totalmente discriminatória e antidemocrática. Assim, a

¹⁰⁸ ELY, J. H. **Democracia e desconfiança**. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 74.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 75.

¹¹⁰ Ibidem, p. 76-78.

¹¹¹ Essa teoria de John Rawls será abordada no Capítulo 4 deste trabalho.

¹¹² ELY, op. cit., p. 79.

¹¹³ Ibidem, p. 79-83.

tradição não merece ser acolhida, não sendo compatível nem com a teoria do controle popular, nem com as disposições do controle pela maioria.

Já o consenso como fonte de valor tem sido amplamente aceito, pois se entende que o direito constitucional deve ser compreendido como algo que expressa as normas contemporâneas. Harry Wellington¹¹⁴ foi quem mais defendeu esse critério, baseando-se na ideia de moral convencional ou comum, afirmando que a tarefa da Corte é determinar o peso dos princípios na moral convencional e converter os princípios morais em princípios jurídicos. Wellington acreditava que não era uma teoria incompleta, visto que o consenso ou a moral convencional é um valor objetivo e pode ser descoberto e conhecido. Além disso, não seria uma teoria antidemocrática, em razão de a sociedade concordar e acreditar nesse consenso.

Para Ely¹¹⁵, contudo, esse entendimento é equivocado. Inicialmente, por não haver realmente um consenso a ser descoberto e conhecido – se parece haver algum, o autor justifica que é reflexo da dominação de alguns grupos por outros. Após transcrever as palavras de Levinson, em que este demonstra a ausência de consenso nas relações entre governantes e subordinados, Ely sugere que, mesmo supondo a existência de um consenso que contradiz a eleição dos representantes, este não seria passível de ser descoberto nos tribunais norte-americanos. Para ele, esse critério cai no mesmo dilema do direito natural, por ser “inutilmente geral” e “controversamente específico”, o que possibilita interpretações doutrinárias e decisões judiciais questionáveis – e nem sempre consensuais.

Ainda contra esse critério, Ely afirma que os tribunais seriam menos aptos que as assembleias legislativas para refletir sobre um suposto consenso, até porque, mesmo não sendo estas completamente democráticas, certamente o Judiciário é ainda menos democrático que elas. Nesse sentido, nem mesmo influências antimajoritárias no Legislativo são capazes de aprovar leis em face de uma oposição da maioria, o que torna ainda menos plausível o argumento de que os tribunais devem declarar nulas decisões contrárias a um consenso¹¹⁶.

Ely¹¹⁷ conclui sua abordagem acerca do consenso apresentando duas possíveis razões para que nele se busque o conteúdo das disposições abertas da Constituição. A primeira seria

¹¹⁴ Apud ELY, J. H. **Democracia e desconfiança**. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 83.

¹¹⁵ ELY, op. cit., p. 84-86.

¹¹⁶ Ibidem, p. 89.

¹¹⁷ Ibidem, p. 90-91.

com a justificativa de proteger os direitos da maioria, garantindo que a legislação reflita os valores populares – se assim o fosse, certamente o Legislativo seria mais apto a fazê-lo do que o Judiciário. A outra razão, então, seria de proteger os direitos individuais e das minorias, mas também não seriam estes coerentes com os juízos elitistas advindos dos juízes, ou seja, não há como empregar os juízos de maioria na defesa da minoria.

Ely¹¹⁸ menciona também a abordagem de Alexander Bickel acerca da tentativa de se utilizarem as previsões do progresso como uma fonte do direito constitucional, como tentara a Corte de Warren. Para Bickel, a Corte falhou ao tentar prever seus princípios constitucionais com o que estimava que seria apreciado futuramente.

Para Ely, esse critério como fonte tem os mesmos problemas anteriormente abordados, mas é ainda mais grave. Inicialmente porque, conforme o autor, um trabalho de prognóstico não pode ser considerado adequado ao ser realizado por juízes, já que estes não possuem qualificação para tanto. Assim, não se pode supor que estes o fariam de forma mais adequada que os legisladores, muito menos que essas previsões futuras já lhes permitissem declarar os esforços daqueles inconstitucionais. Além disso, tal critério é claramente antidemocrático, tanto por não ser aceitável controlar gerações de contextos diferentes quanto pelo fato de a imposição de valores majoritários para proteger uma minoria ser descabida. Por fim, não se pode falar em uma neutralidade por parte da Corte, pois certamente seus valores e sua visão de futuro serão impostos na escolha de valores futuros.

Nenhum dos critérios analisados, portanto, é capaz de servir como fonte externa para o Judiciário derivar suas decisões. Somando-se a isso o fato de o interpretacionismo, entendendo as disposições constitucionais como unidades em si mesmas, também não ser capaz de seguir fielmente esse entendimento, Ely propõe uma terceira abordagem que permita preencher a Constituição¹¹⁹.

Para tanto, o autor se limita a buscar essa resposta na Corte do juiz Warren¹²⁰, a qual é conhecida como intervencionista, mas não da forma como o eram as anteriores. Ely coloca que, enquanto os juristas tentavam descobrir os valores fundamentais, a Corte tomava um

¹¹⁸ ELY, J. H. **Democracia e desconfiança**. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 91-93.

¹¹⁹ Ibidem, p. 97.

¹²⁰ Ibidem, p. 97-98.

caminho oposto, embora não de forma totalmente consciente, pois algumas vezes até usava uma linguagem dos valores fundamentais, o que o autor vê como natural, por esta sofrer influência de outras cortes. Contudo, não obstante essa influência, sempre foi uma Corte autêntica, com uma abordagem bastante diferente daquela favorecida na academia.

Essa Corte destacava-se por analisar casos referentes ao processo penal e outras questões processuais, mas de forma mais ampla. Preocupava-se também com o procedimento por meio do qual são feitas as leis que governam a sociedade, além de destacar-se por seu ativismo no âmbito da expressão política e da liberdade de expressão, por exemplo. Foi a primeira corte a agir seriamente no reconhecimento do vínculo entre esse ativismo político e o correto funcionamento do processo democrático, além de ter sido a primeira a tratar da qualificação dos eleitores e da má distribuição proporcional do número de representantes. Foram decisões intervencionistas, mas não de modo a impor valores substantivos por ela considerados fundamentais, e sim para assegurar que o processo político estivesse aberto aos adeptos, com relativa igualdade.

Além dessas decisões, porém, houve outras que visavam à correção de desigualdades, relacionadas principalmente a minorias raciais, mas também a outras, de classes sociais, de etnias. A Corte não mensurava qual era o valor importante ou fundamental a ser protegido, não se preocupava com o fornecimento de bens ou valores fundamentais específicos, entendia tão somente que, se fossem assegurados benefícios ou proteção a algumas pessoas, dever-se-ia beneficiar e proteger todas as demais, buscava-se, portanto, alcançar metas participativas.

Embora tal participação possa ser considerada um valor, Ely ressalta que isso não faz com que os dois tipos de controle judicial de constitucionalidade em questão se mesquem em um só. A imposição de valores refere-se à atribuição de grande importância a certos bens ou direitos que eles devem ser isolados de quaisquer restrições passíveis de serem impostas pelo processo político, enquanto a orientação participativa relaciona-se a uma forma de controle de constitucionalidade que se preocupa com o modo pelo qual são feitas as decisões que efetuam na prática as escolhas de valores e a distribuição dos custos e benefícios resultantes¹²¹.

¹²¹ ELY, J. H. **Democracia e desconfiança**. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 99-100.

Ely comenta uma nota de rodapé de um caso decidido pelo juiz Stone, *United States vs. Carolene Products Co.*¹²², em que ele demonstrava que a racionalidade da lei nem sempre era suficiente para embasar as decisões. O texto da referida nota é o seguinte:

A presunção de constitucionalidade pode ter margem mais estreita quando a legislação parece, à primeira vista, estar compreendida numa proibição específica da Constituição, tal como as dez primeiras emendas, consideradas igualmente específicas quando entendidas como contidas na Décima Quarta Emenda...

Não será necessário, agora, considerar se uma lei que restringe aqueles processos políticos dos quais, via de regra, pode-se esperar que provoquem a revogação das leis indesejáveis, deverá estar sujeita a uma análise judicial mais rigorosa (no contexto das proibições gerais da Décima Quarta Emenda) do que a maioria dos outros tipos de legislação...

Também não será necessário procurar saber se considerações do mesmo naipe devem influenciar o controle de leis direcionadas a certas minorias religiosas [...] ou de nacionalidade [...] ou raciais [...]; se o preconceito contra minorias separadas e isoladas (*discrete and insular minorities*) pode ser uma condição especial que tende a restringir seriamente o funcionamento dos processos políticos em que costumamos nos basear para proteger as minorias, e que pode exigir, nessa mesma medida, um exame judicial mais minucioso.

No primeiro parágrafo, restava demonstrado o interpretacionismo, pois ele afirmava que a Corte deveria aplicar as disposições específicas da Constituição, no entanto, como já vimos, tal abordagem não responde a todas as questões. Já os outros dois parágrafos seriam justamente a resposta dada a essas questões não contempladas na Constituição, afirmavam estes que a Corte deveria “manter a máquina do governo democrático funcionando”, garantindo que os canais de participação e comunicação políticas permanecessem abertos e que deveria preocupar-se com as minorias.

Ocorre que tal nota de rodapé sofreu algumas críticas. Alguns entendiam que não havia compatibilidade entre o primeiro parágrafo e os outros dois – e ficou esclarecido, posteriormente, que o primeiro parágrafo não era obra do juiz Stone, mas sim do juiz-presidente Hughes, que solicitou sua inclusão.

¹²² ELY, J. H. **Democracia e desconfiança**. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 100.

Ainda assim, Ely afirma que a relação entre os dois outros parágrafos não tem sido analisada de modo claro e que, apesar de ambos os temas neles abordados – controle popular e igualitarismo – serem ideais da democracia e relacionarem-se à participação, não significa que sejam compatíveis entre si. O fato é que, “pelo menos à primeira vista, o princípio do controle popular parece dar à maioria o poder de, superando em número de votos a minoria, privar os membros desta dos bens que desejarem”¹²³.

Essa participação não considera qual valor substantivo é fundamental, e sim se a oportunidade de participar nos processos políticos (pelos quais os valores são identificados) e dos benefícios concretos (alcançados por meio desses processos políticos) foi restringida de modo indevido. “Não existe vínculo evidente e necessário entre um sistema de participação igualitária nos processos políticos, de um lado, e um sistema de participação presumidamente igualitária nos custos e benefícios que o processo gera, de outro”, podendo até mesmo esse sistema de participação igualitária nos processos políticos ter um efeito contrário, contudo, Ely demonstra como ambos podem unir-se em uma teoria coerente, lançando mão de uma análise mais profunda do sistema de democracia representativa.

Para o autor¹²⁴, a democracia representativa é um sistema de governo apropriado para situações nas quais os cidadãos não podem participar diretamente do processo legislativo. Assim, buscou-se uma solução para os conflitos entre governantes e governados ao incorporar-se ao conceito de representação a ideia de associar o interesse dos dois grupos. Desse modo, os novos representantes eram concebidos como cidadãos e do povo, portanto, ao terminarem seus trabalhos, voltariam a ser do povo, ou seja, governados, o que faria com que os interesses de governantes e governados se unissem, resguardando a população de uma legislação opressiva. Por esse motivo, foi instituído o voto, em que pessoas do povo escolheriam seus representantes cujos interesses se harmonizassem com o seu e, pela possibilidade de reelegê-los ou não, garantiam que lhes permanecessem fiéis e que não se esquivassem dos rigores das leis que eles mesmos aprovassem. O desejo de reeleição, portanto, era uma garantia de manterem-se fiéis aos interesses dos eleitores.

¹²³ ELY, J. H. **Democracia e desconfiança**. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 102.

¹²⁴ Ibidem, p. 103-104.

No entanto, tal sistema não inclui as minorias, que, por terem interesses diferentes da maioria, não elegendo representantes com interesses comuns, acabam não sendo protegidas. A minoria não era considerada porque, de acordo com Ely¹²⁵, havia a ideia, derivada da teoria republicana, de que “o ‘povo’ era um grupo essencialmente homogêneo cujos interesses não variavam de modo significativo”.

O autor apresenta duas estratégias¹²⁶ inseridas no documento de 1789 e 1791 que buscavam proteger os interesses das minorias. A primeira seria a lista da Declaração de Direitos que proibia o governo federal a praticar certos atos (embora o autor ressalte que tais ressalvas sejam procedimentais); a outra seria o pluralismo, que, buscando estruturar o governo e a sociedade, garante que diversos setores passam a ter voz para buscar seus interesses e evitar o predomínio de um interesse majoritário qualquer.

Foi concebida a mudança de uma confederação para um sistema de governo central mais forte. Para Madison, conforme expõe Ely¹²⁷, isso era importante porque, mesmo que em âmbito local um grupo tivesse mais influência, a ponto de ser tirânico, no governo nacional nenhum grupo de interesse constituiria uma maioria capaz de exercer controle. O mesmo objetivo teve a Constituição com as medidas para frear as decisões governamentais e a autoridade de impor a lei, fragmentando-as não só entre o governo nacional e os estados, mas também entre os três poderes da União.

O fato é que se percebia a ineficácia desse sistema, pois as diferenças passaram a ser cada vez mais evidentes e as minorias cada vez mais desprotegidas (como os escravos), o que demonstrava que nem sempre a proteção de muitos significava a proteção de todos e que os instrumentos constitucionais existentes para proteger as minorias não eram suficientes, ou seja, as duas estratégias anteriormente expostas não evitavam que a minoria fosse tiranizada.

Segundo Ely¹²⁸, a teoria da representação teve de ser ampliada para assegurar tanto que os representantes não separassem seus interesses dos interesses da maioria dos eleitorados quanto que não separassem os interesses da coalizão majoritária dos interesses das minorias, o que impediria que os grupos minoritários deixassem de ser representados, impedindo que

¹²⁵ ELY, J. H. **Democracia e desconfiança**. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 105.

¹²⁶ Ibidem, p. 105-106.

¹²⁷ Ibidem, p. 106-107.

¹²⁸ Ibidem, p. 108.

fossem negados às minorias a “igual consideração e respeito na criação e administração das instituições políticas que as governam”¹²⁹. A cláusula da igual proteção da Décima Quarta Emenda, segundo o autor, representa esse ideal, mas, antes de sua ratificação, sua teoria era compreendida sob o conceito de “representação virtual”¹³⁰, que traz a ideia de associação dos interesse dos que não tinham poder político com os interesses dos que tinham.

Essa ideia influenciou tanto a elaboração da Constituição americana quanto sua subsequente interpretação, tendo em vista que a cláusula de privilégios e imunidades do Artigo IV proibia o tratamento desigual por parte dos legisladores aos habitantes de outros estados. Ely ressalta que tal cláusula não fornece um conjunto de direitos substantivos, mas tão somente a garantia de que quaisquer direitos que os habitantes do local tenham sejam estendidos aos visitantes. Observa-se que os não residentes não têm poder político, não votam; sua proteção se dá, portanto, por meio de um sistema de representação virtual. Ely equipara, de certo modo, a esses destituídos de poder político, aqueles que possuem tal poder, por votarem, mas não serem protegidos, o que é ainda mais grave por serem membros da comunidade que os prejudica; estes necessitariam de uma “representação virtual” para serem protegidos, afinal, é como se não tivessem direito ao voto¹³¹.

Ely discorre acerca do caso *McCulloch vs. Maryland*¹³², no qual a Corte presidida pelo juiz Marshall declarou inconstitucional um imposto estadual sobre a operação de todos os bancos cujo funcionamento não tivesse sido autorizado diretamente pelo Legislativo estadual. Após narrar toda a problemática do caso, Ely conclui que este foi um caso da proteção especial pelo Judiciário concedida às minorias separadas e isoladas. Ele destaca ainda que foi vislumbrado um pressuposto que já estava claro desde aquela época, de que

os representantes devem representar a totalidade do eleitorado, sem dar, de maneira arbitrária, um tratamento relativamente adverso às minorias menos favorecidas. Além disso, declarando a nulidade do imposto sobre as operações bancárias, ele [McCulloch] sugere a seguinte tese: pelo menos em algumas situações em que o processo convencional de representação parece não promover suficientemente a defesa dos interesses minoritários – mesmo de interesses que têm direito de voto –, a intervenção do Judiciário é admissível¹³³.

¹²⁹ DWORKIN apud ELY, op. cit., p. 109.

¹³⁰ ELY, op. cit., p. 109-112.

¹³¹ Ibidem, p. 111-112.

¹³² Ibidem, p. 112-115.

¹³³ Ibidem, p. 114.

Nesse sentido, Ely¹³⁴ demonstra que a Décima Quarta Emenda impõe de modo claro um dever de representação virtual que pode fundamentar uma pretensão judicial. O autor sugere que os dois ideais norte-americanos, vistos muitas vezes como opostos – a proteção do governo popular e a proteção das minorias –, podem ser compreendidos como elementos que surgem de um único dever de representação. Ratificando seu entendimento, Ely transcreve as palavras de Madison¹³⁵, em que afirma que o que impede a Câmara dos Representantes de adotar medidas opressivas é o fato de que “não podem criar nenhuma lei que não possa ser plenamente aplicada a eles mesmos ou a seus amigos, como será à grande massa da sociedade”, ademais, afirma que o que a impediria de fazer discriminações legais em benefícios próprios ou de uma classe específica seria “a natureza das leis constitucionais e justas”, além do “espírito vigilante e viril que move o povo americano”.

Assim, Ely¹³⁶ passa a defender uma abordagem do controle judicial que seja pautada na ideia de participação e favoreça a representatividade. Para tanto, ele apresenta três argumentos. O primeiro tem como base a própria Constituição, em que Ely, contrário à ideia de que esta seja uma declaração duradoura, mas em constante evolução, de valores gerais, defende que *a escolha e interponderação de valores substantivos são determinadas pelo processo político*, bem como que esta se preocupa com a *justiça procedimental* na resolução de disputas individuais – o processo em sentido estrito – e com o que pode ser designado como o processo em sentido amplo (garantir a participação ampla nos processos e distribuições do governo). Para o autor, seria um modo de controle que representa uma face do interpretacionismo. Ele afirma que a análise demonstrará que as poucas tentativas dos constituintes de fixar os valores substantivos, assinalando-os no documento como valores que precisavam de uma proteção especial, não foram bem-sucedidas e geralmente resultaram na negação desses valores, o que sugere uma conclusão que tem implicações importantes para a tarefa de dar conteúdo às disposições mais abertas do documento: que a preservação dos valores fundamentais não é uma tarefa própria da Constituição e do direito constitucional.

¹³⁴ ELY, J. H. **Democracia e desconfiança**. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 115.

¹³⁵ Apud ELY, op. cit., p. 115.

¹³⁶ ELY, op. cit., p. 115-117.

Ely¹³⁷ descreve esse argumento apresentando o processo pelos quais as emendas constitucionais foram instituídas, de forma que demonstra que não significaram a busca por valores substantivos, como parece, mas sim que representavam estratégias políticas, que contribuíssem para o funcionamento dos governos. Ele demonstra que os argumentos dos colonos norte-americanos baseavam-se nos dois temas de participação ora analisados: o primeiro era que consideravam insuficiente a participação deles no processo pelo qual eram governados; o segundo, que a eles era negado o que os outros recebiam. Segundo o autor:

A ideia de que a melhor garantia de justiça e felicidade não está na tentativa de defini-las para todo o sempre, mas sim na postulação de processos governamentais pelos quais suas dimensões possam ser especificadas no decorrer do tempo, encontrou lugar em nossos documentos constitucionais mais importantes.

Assim, conclui que Constituição original tratava principalmente de questões processuais e estruturais, e não de identificar e preservar valores substantivos específicos¹³⁸. Contudo, Ely faz uma ressalva quanto ao valor de liberdade, este sim presente e norteador da Constituição americana, que tinha o objetivo de preservá-la.

Essa meta de liberdade, segundo o autor¹³⁹, foi buscada por meio de

um conjunto bastante amplo de proteções procedimentais e por um esquema mais elaborado que visa assegurar que, ao se fazerem escolhas substantivas, o processo de decisão estará aberto a todos, em condição de relativa igualdade, e os responsáveis pelas decisões cumprirão o dever de levar em consideração os interesses de todos os que serão afetados por suas deliberações.

Nesse sentido, Ely afirma que o documento parte do pressuposto de que assegurar o acesso efetivo ao processo é a melhor maneira de garantir que os interesses individuais sejam considerados, mas, em outras disposições, como em relação à cláusula de igual proteção, esse acesso nem sempre é suficiente.

¹³⁷ ELY, J. H. **Democracia e desconfiança**. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 118-122.

¹³⁸ Ibidem, p. 122.

¹³⁹ Ibidem, p. 133.

Ao comentar as emendas mais recentes, o autor demonstra que desde a décima quarta emenda o direito ao voto tem sido ampliado, sendo então manifestados os dois temas constitucionais em análise: “a garantia de um processo aberto a todos, em condições de igualdade, e a consequente imposição aos representantes do dever de dedicar tanto à maioria quanto às minorias a mesma consideração e respeito”¹⁴⁰.

O autor finaliza a análise desse primeiro argumento com as palavras do juiz Linde¹⁴¹, as quais convêm transcrever:

Como carta constitutiva do Estado, a Constituição não deve prescrever resultados legítimos, mas sim processos legítimos – isso para que, como a nossa (ao contrário de documentos mais ideológicos, em outros países), ela possa servir a várias gerações em diferentes eras.

O segundo argumento de Ely é de que uma abordagem do controle judicial de constitucionalidade que promova a representação (e não a proteção de valores) não é incompatível com os pressupostos implícitos do sistema norte-americano de democracia representativa¹⁴². Nesse sentido, não caberia aos juristas – simplesmente nomeados e com cargos vitalícios – ditarem os valores fundamentais; os representantes eleitos melhor o fariam.

Já o terceiro e último argumento é o de que a abordagem que reforça a representatividade dá aos juízes um papel que são plenamente capazes de desempenhar, visto que são especialistas no processo em sentido estrito – por meio do qual são descobertos os fatos e as partes em litígio podem apresentar suas pretensões – e, de certa forma, em sentido amplo – o processo por meio do qual as grandes questões políticas são determinadas de modo imparcial: parecem capazes de perceber como assegurar que todos tenham voz. Assim, o autor entende que o Judiciário só deveria intervir quando o “mercado político” funcionasse mal de modo sistêmico, de uma forma reguladora¹⁴³.

Na democracia representativa, portanto, são os representantes eleitos que devem fazer as determinações de valor – afinal, se a maioria desaprová-los, os destituem por meio do voto. Para Ely, então, a atuação da jurisdição constitucional só estaria justificada quando fosse

¹⁴⁰ ELY, J. H. **Democracia e desconfiança**. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 131.

¹⁴¹ Apud ELY, op. cit., p. 134.

¹⁴² ELY, op. cit., p. 135.

¹⁴³ Ibidem, p. 135-136.

verificado o mau funcionamento do processo democrático, e isso se dá quando: a) os incluídos estão obstruindo os canais da mudança política para manterem-se nessa posição – mantendo os excluídos como tal; b) quando, mesmo que com voz e voto, uma minoria seja posta em desvantagem pelos representantes ligados à maioria efetiva¹⁴⁴.

Estando os juízes à margem do sistema governamental, portanto, estes têm melhores condições de avaliar as reclamações a respeito da atuação dos representantes eleitos quando estes não representarem adequadamente os interesses daqueles que deveriam representar¹⁴⁵. Seria esta, portanto, a principal função da atuação jurisdicional para Ely: de corrigir as falhas surgidas no governo representativo, e não de manifestação acerca do conteúdo que as políticas fundamentais deveriam ter.

Apresentada a teoria procedimental, é fundamental conhecermos os argumentos da teoria substantiva (ou fundacionista) de John Rawls, para que, finalmente, possamos verificar se alguma dessas teorias encontra-se presente no sistema jurídico brasileiro ou, ainda, se seriam ao menos aplicáveis a ele.

¹⁴⁴ ELY, J. H. **Democracia e desconfiança**. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 137.

¹⁴⁵ Idem, loc. cit.

CAPÍTULO 4 – A TEORIA SUBSTANTIVA DE JOHN RAWLS E SUA POSSÍVEL APLICAÇÃO¹⁴⁶

Como dito anteriormente, a presente análise destaca-se por possuir um caráter mais filosófico, distanciando-se da concepção que considera a Constituição como parâmetro de justiça e enaltecendo mais princípios e valores anteriores a ela. Buscamos analisar como um senso de justiça anterior às normas poderia guiar a realização da justiça substancial pelo Judiciário e que problemas poderiam surgir para o Brasil.

A teoria de Rawls possui uma base distinta da brasileira, tendo em vista que reflete a cultura anglo-saxã e a tradição do pensamento liberal, que no Brasil não é marcante. Além disso, Rawls utiliza conceitos e categorias muito particulares e não só de caráter jurídico, mas principalmente político, por dispor sobre a organização da sociedade, de modo que sua compreensão torna-se ainda mais complexa para o leitor brasileiro, o que nos fez optar por sua análise a partir do artigo do professor Luiz Eduardo de Lacerda Abreu – “Qual o sentido de Rawls para nós?”.

Assim, Abreu propõe sua análise por uma dupla hipótese de pesquisa: de que o objeto da obra é construir critérios pelos quais se possa discutir o que é justo e que essa construção resulta de uma filosofia crítica, e não dogmática¹⁴⁷. Ressalta-se que Abreu aborda as obras “Uma teoria da justiça” e “Liberalismo político”, de John Rawls.

Para Rawls, o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, a maneira pela qual as intuições sociais distribuem direitos e deveres fundamentais e como determinam a divisão de vantagens advindas da cooperação social. Por haver desigualdades inerentes da estrutura básica da sociedade (pela diversidade de posições sociais), devem ser aplicados os princípios da justiça social, os quais irão regular a escolha de uma constituição política e os elementos principais do sistema econômico e social¹⁴⁸. Reafirmamos, portanto, que a teoria

¹⁴⁶ Embora tenhamos utilizado o termo “aplicação” cabe ressaltar a preocupação e a escolha de Abreu em não utilizar este termo em seu artigo. Segundo o autor, o termo evoca a técnica jurídica, a qual não é por ele explorada. Ele ressalta que, para tal elucidação, seria necessário explorar a relação das ideias de Rawls com os enunciados da doutrina e da jurisprudência brasileiras, o que ele não o faz (ABREU, p. 166 – nota 13). Para nós, porém, pelo desenvolvimento desta pesquisa, entende-se que o termo é adequadamente empregado.

¹⁴⁷ ABREU, L. E. L. Qual o sentido de Rawls para nós? **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 43, n. 172, out./dez. 2006, p. 150.

¹⁴⁸ RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 8.

fundacionista destaca-se por conceber a Constituição inicialmente como asseguradora de direitos para, apenas em segundo plano, considerá-la democrática, autorizando o povo a impor sua vontade sobre outras questões¹⁴⁹.

Os princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade são objeto do consenso original. São princípios que pessoas livres e racionais aceitariam numa posição inicial de igualdade e que definiriam os termos fundamentais dessa associação. A essa maneira de considerar os princípios da justiça Rawls chama de *justiça como equidade*. A posição original de igualdade é entendida como uma situação puramente hipotética caracterizada de modo a conduzir uma certa concepção de justiça. Nessa situação, ninguém conhece seu lugar na sociedade, o que torna a escolha imparcial. A isso Rawls utiliza a expressão de que tais princípios são escolhidos “sob um véu de ignorância”, sendo, portanto, resultado de um consenso entre todos os indivíduos que se encontram na mesma situação, uma situação equitativa¹⁵⁰.

Abreu¹⁵¹ busca saber qual é o sentido de justiça como equidade para nós, apresentando, para isso, como se dá a tradição do pensamento jurídico brasileiro como inserida em um sistema mais amplo de valores e ideias, e não sendo formada apenas por elaborações conscientes da doutrina e da jurisprudência em face dos enunciados normativos das regras jurídicas, mas sim pela relação disso com a prática social da atividade jurisdicional e as categorias culturais mais amplas que o direito reelabora de forma particular.

Percebe-se que Rawls não se preocupa com uma verdade científica, e sim com o sentido de que seja uma sociedade justa, com a busca de critérios pelos quais se possa discutir o que é justo. Assim, o fundamento não filosófico de sua obra vincula-se à ideia de posição original, de as escolhas serem feitas sob o véu da ignorância, o que, como visto, é uma situação hipotética, que parece distanciar o autor de teorias como a de Kant, acerca de uma fundamentação crítica, tendo em vista que utiliza uma posição ideal em face de uma sociedade real¹⁵².

¹⁴⁹ ACKERMAN, B. **Nós, o povo soberano**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 17.

¹⁵⁰ RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.12-13.

¹⁵¹ ABREU, L. E. L. Qual o sentido de Rawls para nós? **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 43, n. 172, out./dez. 2006, p. 150.

¹⁵² Ibidem, p. 151-152.

A posição original toma como dado o indivíduo racional, embora nem sempre os indivíduos o sejam. Para os argumentos da obra de Rawls, essa racionalidade parece não ser suficiente, pois não aborda aspectos culturais e societários, não podendo responder, por exemplo, quais são os valores fundamentais que devem ser preservados acima de outros. A racionalidade submete-se a outro critério, o do diálogo estabelecido com o leitor, no qual procura convencê-lo com base na razoabilidade, inserta em sua teoria. Nesse diálogo, Rawls discute os valores de uma tradição política e jurídica que é compartilhada por ele e seu leitor, de modo que é baseado na capacidade de as soluções corresponderem aos julgamentos intuitivos. É justamente o diálogo entre as formulações da situação inicial e os julgamentos intuitivos do leitor que fornecem um critério crítico autorreferenciado¹⁵³.

Surge então a noção do equilíbrio reflexivo, que consiste em compatibilizar os princípios e os juízos, em outras palavras, observar se os princípios eventualmente escolhidos combinam com nossas ponderações sobre a justiça ou se as ampliam de um modo aceitável; observar se a aplicação desses princípios nos levaria a fazer os mesmos julgamentos que agora fazemos intuitivamente e nos quais depositamos a maior confiança, ou se, nos casos em que nossas opiniões atuais são vacilantes, esses princípios mostram uma solução que podemos aceitar após reflexão¹⁵⁴.

Assim, ao tentar descrever a situação inicial, inicialmente o fazemos de modo que ela represente condições geralmente partilhadas e preferivelmente genéricas para então observamos se essas condições têm força suficiente para produzir um conjunto significativo de princípios. Se não, procuramos outras premissas igualmente razoáveis. Em caso afirmativo e se esses princípios correspondem às nossas convicções sobre a justiça, está tudo correto. Contudo, deve-se supor que haverá discrepâncias, cabendo a nós ou modificarmos a avaliação da situação inicial, ou revisarmos nossos juízos atuais, pois até mesmo os julgamentos que provisoriamente tomamos como pontos fixos estão sujeitos à revisão. Por meio desses avanços e recuos, às vezes alterando as condições das circunstâncias em que se deve obter o acordo original, outras vezes modificando nossos juízos e conformando-os com os novos princípios, supõe-se que a configuração da situação inicial, que ao mesmo tempo expresse pressuposições razoáveis e produza princípios que combinem com nossas convicções

¹⁵³ ABREU, L. E. L. Qual o sentido de Rawls para nós? **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 43, n. 172, out./dez. 2006, p. 152-153.

¹⁵⁴ RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 22.

devidamente apuradas e ajustadas, será encontrada. Assim, finalmente nossos princípios e opiniões coincidem, sendo, portanto, um equilíbrio ponderado. É também *reflexivo* porque sabemos com quais princípios nossos julgamentos se conformam e conhecemos as premissas das quais derivam^{155 156}.

Abreu destaca o caráter circular desse procedimento, no sentido de, por não serem os juízos e os princípios sempre compatíveis, ser necessário voltar às proposições da posição original, modificando-as, ou convencer-se de que os juízos devem ser, de alguma forma, alterados, ou, ainda, fazer um pouco dos dois. Assim, tendo-se ajustado os princípios e intuições, novamente se volta aos juízos sobre os quais temos menos confiança, ajustando-os aos princípios obtidos anteriormente, modificando os princípios ou fazendo algo dos dois¹⁵⁷.

Além desse caráter circular, observa-se que esse método não tem o objetivo de fixar os princípios da justiça; não possui nenhum critério que limite seu movimento – ao contrário, o supõe permanente. Assim, mesmo numa situação hipotética de uma sociedade bem-ordenada, em que as novas gerações concordassem com os princípios da justiça estabelecidos anteriormente, estes deveriam ser vistos como elaborações provisórias, que poderiam ser revistas sempre que as mudanças sociais assim exigissem. Dessa forma, o equilíbrio reflexivo não é mais um procedimento em que os filósofos buscam decidir os princípios a partir dos quais uma sociedade pode ser considerada justa. Ao contrário, é um processo em que os próprios cidadãos devem envolver-se individualmente, ou seja, ele tem um caráter pessoal, inalienável, no qual o que está em jogo é a capacidade de o indivíduo examinar o problema a partir da posição original e ser capaz de modificar-se, nos seus juízos e comportamentos a partir do ajuste entre os princípios e os juízos – “o processo de procurar o equilíbrio reflexivo é algo que cada um deve empreender por si mesmo, e é o processo de decidir o que pensar; e não apenas descrever o que pensamos [...]”¹⁵⁸.

¹⁵⁵ RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 22-23.

¹⁵⁶ ABREU, L. E. L. Qual o sentido de Rawls para nós? **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 43, n. 172, out./dez. 2006, p. 153.

¹⁵⁷ Idem, loc. cit.

¹⁵⁸ ABREU, op. cit., p. 154.

O fundamento não filosófico de Rawls seria, então, a capacidade de o indivíduo elaborar e reelaborar a sua tradição cultural, incorporada nos seus juízos intuitivos, a partir de um esforço reflexivo¹⁵⁹.

Abreu ressalta a importância de argumentos não expressos na obra de Rawls e propõe-se a desenvolver de que forma vê a importância do diálogo que se constrói a partir do texto e não dentro dele¹⁶⁰.

Em uma sociedade real, os argumentos do que seria justo são influenciados pelas posições sociais, riqueza, valores religiosos, crenças pessoais, escolhas éticas, história pessoal, de modo que esses fatores não são apenas diferenças sociais, mas também desigualdades construídas e perpetuadas socialmente. Tais argumentos refletem as injustiças da própria sociedade, o que torna questionável como alguém poderia depositar confiança nos juízos construídos dessa forma. Essa seria a problemática dessa teoria filosófica, justamente por recair em aspectos culturais. Assim, a posição original, o véu da ignorância, a suposição dos indivíduos racionais e a questão de qual seria a decisão mais racional numa situação assim delineada são instrumentos de análise que permitem formular uma conjectura que pode basear os argumentos que utilizamos em situações discursivas reais. Poderíamos depositar confiança nesses argumentos porque eles representam juízos que seriam o resultado de uma situação equitativa e podem ser criticados tanto em relação ao seu procedimento (se o método foi bem empregado) como, principalmente, em relação ao seu conteúdo. Para isso, Rawls sugere um método de quatro etapas que se refere à questão da formulação das normas jurídicas e da sua aplicação¹⁶¹.

A primeira etapa seria a discussão dos próprios princípios de justiça; a segunda, a discussão das regras constitucionais; a terceira, a produção de leis como a constituição permite e os princípios da justiça requerem, a quarta, enfim, a aplicação da constituição e das leis pelos juízes, administradores e cidadãos em geral. À medida que se vai da primeira à última etapa, o véu da ignorância vai-se levantando. Em cada etapa, o exercício se resume em conjecturar sobre ou a partir dos princípios da justiça, utilizando as restrições aplicáveis em cada etapa, como se lá estivéssemos, ou seja, como se participássemos da posição original,

¹⁵⁹ Idem, loc. cit.

¹⁶⁰ ABREU, L. E. L. Qual o sentido de Rawls para nós? **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 43, n. 172, out./dez. 2006, p. 154.

¹⁶¹ Ibidem, p. 155.

fossemos delegados da assembleia constituinte, legisladores ordinários juízes ou administradores¹⁶².

No entanto, como poderia manter-se ao longo do tempo uma sociedade formada por indivíduos que procuram a realização do seu interesse egoísta? Como encontrar regras justas para cooperação social num ambiente marcado pela competição entre os indivíduos? A solução de Rawls para isso requer a existência de um conjunto de valores compartilhados que os cidadãos se disponham a defender quando as circunstâncias assim o exigirem e que os cidadãos efetivamente utilizem para guiar suas vidas. O autor ressalta que posteriormente Rawls assume a contrariedade de tal suposição com sua teoria.

Seu argumento é de que, em uma sociedade bem-ordenada, baseada nos princípios da justiça, pelo exercício da liberdade os cidadãos passariam a discordar dos próprios princípios de justiça, afinal, as pessoas passariam a discordar umas das outras, divergindo até mesmo na maneira de ver o mundo. Abreu também entende que “Uma teoria da justiça” seria contraditória com o “pluralismo razoável”, de Rawls – este afirma que uma sociedade democrática caracteriza-se “não apenas pelo pluralismo de doutrinas religiosas, filosóficas e morais abrangentes, mas pelo pluralismo de doutrinas incompatíveis e, ainda assim, razoáveis”¹⁶³. Por isso, a necessidade de uma visão de mundo abrangente levaria à violência e à opressão, mesmo que fosse ou se baseasse em uma doutrina liberal.

Tentando solucionar tal impasse, Rawls introduz a distinção entre concepção política e doutrinas abrangentes, entendendo que,

por concepção, ele entende uma “concepção política e suas partes, como o conceito de pessoa como cidadão”; por “doutrina”, as perspectivas abrangentes de todos os tipos” (RAWLS, 2005, p. xxxv e 441), isto é, doutrinas que incluíssem não apenas a dimensão político-constitucional, mas também idéias que perpassem outras esferas da vida social, tais como concepções religiosas, filosóficas, morais, científicas etc.

Assim, ele conclui que a justiça como equidade, bem como o utilitarismo, na obra “Uma teoria da justiça”, seriam entendidos como uma doutrina abrangente, mas Rawls transforma o que era uma doutrina abrangente numa concepção política, independente, que

¹⁶² Idem, loc. cit.

¹⁶³ ABREU, L. E. L. Qual o sentido de Rawls para nós? **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 43, n. 172, out./dez. 2006, p. 155.

não está fixa a nenhuma doutrina abrangente e pode ser subscrita por uma pluralidade de doutrinas razoáveis – o que Rawls denomina “consenso sobreposto”. A justiça como equidade, então, passa a ser considerada como uma concepção puramente política, limitada à formulação da estrutura básica da sociedade, aos valores propriamente políticos¹⁶⁴.

Abreu entende que a interpretação de Rawls quanto aos juízos intuitivos é no sentido de estes serem incoerentes entre si, especialmente no que concerne à justiça, seja pelas injustiças sociais de uma sociedade real, seja pela pluralidade de doutrinas abrangentes dos cidadãos. Aliás, é por isso que seu método busca aumentar a coerência ajustando princípios e juízos. O fato é que, agora, o equilíbrio reflexivo visa ao ajuste de princípios a juízos exclusivamente referentes a valores políticos, não abrangendo juízos aplicáveis a outras esferas da vida¹⁶⁵.

Em quais argumentos sobre justiça podemos, então, depositar confiança? Os argumentos sobre justiça numa situação real estão influenciados pelas injustiças sociais e vinculados a crenças e maneiras de perceber o mundo incompatíveis entre si, o que leva Rawls a relativizar o contexto do debate público afirmando que, por um lado, são possíveis várias doutrinas abrangentes (não só justiça como equidade ou o utilitarismo) e os princípios da justiça são restritos a um domínio em particular; por outro, o conteúdo da discussão pública, contido na chamada “razão pública”, comporta várias concepções políticas cujas exigências são: que possam ser aceitas pelos outros cidadãos e que sejam completas, abarcando os principais componentes e problemas de uma concepção política (os valores políticos, a ideia de cidadão e a relação entre eles, os princípios de argumentação etc.), além de proporem instrumentos metodológicos que possam ser reproduzidos por outros¹⁶⁶.

Abreu afirma que, no âmbito do debate público, aceitar a razão pública significa submeter a discussão a um controle substantivo. Assim, temas considerados de domínio privado até entram na discussão das instituições públicas, mas isso deve ser feito apenas com argumentos políticos, ou seja, vinculados a uma teoria da justiça e comprometidos com suas implicações¹⁶⁷.

¹⁶⁴ ABREU, L. E. L. Qual o sentido de Rawls para nós? **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 43, n. 172, out./dez. 2006, p. 157.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 157-158.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 158.

¹⁶⁷ Idem, loc. cit.

Segundo Abreu, Habermas critica Rawls justamente por esse controle substantivo, já que aquele autor caracteriza-se por enfatizar aspectos procedimentais, contudo, embora Abreu não adentre nesse debate, deixa claro que tais aspectos substantivos diferenciam-se da nossa “maneira de ver o mundo”, incluindo aí nossa tradição jurídica¹⁶⁸.

Estabelecendo os possíveis diálogos das ideias de Rawls com a tradição brasileira, Abreu realiza uma análise descritiva, com o argumento de que

a riqueza da justiça como equidade está justamente naquilo que ela difere do que, em termos mais amplos, poderíamos chamar de nossa ‘ideologia política’, quer dizer, o sistema de ideias e valores incorporados nas nossas instituições políticas. Especificamente, as ideias de Rawls nos permitem pensar os contornos da nossa ideologia que, de outra maneira, talvez nos fossem invisíveis. Portanto, a parte final deste artigo compara a justiça com equidade com alguns aspectos mais genéricos da nossa tradição¹⁶⁹.

Na tradição brasileira, o debate tem um aspecto contrário ao da justiça como equidade, tendo em vista que, no campo jurídico, a divergência é incentivada. Há um grande consenso em relação às categorias doutrinárias mais centrais e uma divergência sobre a aplicação delas em questões mais específicas. A hierarquia dos nossos tribunais revê e controla a aplicação da lei nos casos particulares, decidindo a divergência ou pacificando a questão, mas isso se restringe ao campo jurídico e aos bacharéis de direito, sendo este um ponto central da discussão. Embora haja motivos técnicos para isso, principalmente em relação aos instrumentos processuais, há o exercício contrário, de transformar aquilo que está presente em nossa ideologia política ou faz parte das doutrinas abrangentes que não nos são compreensíveis em fórmulas jurídicas com alto grau de elaboração, especialmente pelo seu linguajar técnico. Isso seria uma estratégia para limitar o debate a esse público, o que diverge da teoria de Rawls, pois esta visa à criação de critérios pelos quais essas questões possam ser objeto de um debate público no qual, idealmente, participem todos os cidadãos. Abreu defende, então, que, além de aspectos da legislação e da doutrina brasileira representarem uma tradição do pensamento social e político mais amplo que se diferencia em aspectos

¹⁶⁸ ABREU, L. E. L. Qual o sentido de Rawls para nós? **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 43, n. 172, out./dez. 2006, p. 158-159.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 159.

importantes dos fundamentos da justiça como equidade, essa restrição a um grupo particular e especializado no debate reproduz aspectos importantes dessa tradição¹⁷⁰.

A noção de equidade poderia ser traduzida para um leitor brasileiro como sendo

o procedimento que garante a possibilidade igual para todos de escolherem os princípios da justiça que melhor representem aquilo que é razoável para cada um, sem influências que possam, de alguma maneira, *distorcer a igualdade fundamental entre todos*; em outras palavras, a posição original e do véu da ignorância etc. são instrumentos que permitem, pelo menos no plano do pensamento, a emergência da igualdade substantiva dos cidadãos como o parâmetro de construção do político.

Os aspectos da teoria de Rawls que causam maior estranheza, devido à nossa tradição, são o tipo de individualismo suposto na justiça como equidade e o fundamento das regras de cooperação social¹⁷¹. Quanto a essas regras, acreditamos que, no Brasil, elas são resultado da participação em grupo, e não da decisão de indivíduos iguais, livres e racionais. Assim, opondo-se à Rawls, entende-se que, para estabelecer uma relação de cooperação, é preciso reconhecer que pertencemos a um grupo ou a uma comunidade – a família, a instituição de trabalho, a vizinhança. Ademais, esse pertencimento é conjuntural, depende do contexto concreto no qual é evocado, o que implica estabelecer a comunidade em um grupo social em oposição a outros grupos sociais (outras famílias, grupos de interesse, vizinhança etc.), conforme o contexto exija. Portanto, a cooperação social, para nós, depende da subordinação do indivíduo ao grupo, o que é reproduzido em nossas fórmulas jurídicas, cujo esforço é de subordinar os interesses do indivíduo ao “interesse público”. Nesse sentido, a grande diferença em relação à teoria de Rawls é que, nela, o interesse do indivíduo e o bem público não divergem, este é garantido pelo interesse individual, por isso a importância de serem estabelecidas regras de cooperação social decorrentes da razão e dos interesses dos próprios indivíduos. Essas regras estabelecem os limites dentro dos quais o conflito é razoável. Para nós, porém, o interesse individual e o todo são contraditórios, tendo o conflito um caráter negativo, que não nos leva a progredir, mas sim a desagregar o grupo¹⁷².

¹⁷⁰ Ibidem, p. 159-160.

¹⁷¹ ABREU, L. E. L. Qual o sentido de Rawls para nós? **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 43, n. 172, out./dez. 2006, p. 160.

¹⁷² Ibidem, p. 160-162.

Em relação ao individualismo proposto por Rawls, este também nos causa estranheza por se tratar de um individualismo clássico, de tradição europeia, empirista e racionalista. O nosso, ao contrário, tem matriz ibérica e é explicitado por Abreu de acordo com a noção trazida por Rui Barbosa, na “Oração aos moços”. Nesse sentido, o individualismo consiste em “quinhoeirar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem”, porque “tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”¹⁷³. Essa noção de igualdade, portanto, é diferente da apresentada por Rawls, em que a justiça como equidade consistia em um procedimento que pudesse fazer emergir a igualdade substantiva de todos, igualdade que as injustiças sociais escondiam. Já Rui Barbosa reconhece que existe uma situação de desigualdade natural que a sociedade distorce quando ignora¹⁷⁴.

Além disso, para Rawls, a “desigualdade é aquilo que se opõe à igualdade enquanto um valor: a desigualdade é assim uma derivação e uma perversão da igualdade”. Para Barbosa, a desigualdade é uma diferença de valor que permite estabelecer uma ordem de precedência: “cada um tem o seu lugar de acordo com o seu valor. A igualdade só existe entre aqueles que possuem o mesmo valor: uma igualdade derivada da diferença e da hierarquia e contida nelas, portanto”. Para nós, o individualismo subordina o indivíduo à sua posição social¹⁷⁵.

Assim, a distribuição dos direitos e deveres e do produto social é justa na medida em que reconhece e reproduz a diferença de valor. Já para Rawls, os princípios da justiça escolhidos na posição original garantiriam um sistema de direitos e de liberdades básicas iguais para todos, e as desigualdades – seja na distribuição das posições políticas, seja na distribuição do produto social – só seriam justas caso beneficiassem mais os menos favorecidos, o que torna difícil para um leitor brasileiro compreender tal procedimento, cujo objetivo é de fazer emergir a igualdade substantiva dos indivíduos. Segundo Abreu, boa parte de nossa legislação estabelece a igualdade e a dignidade como valores, como, por exemplo, no texto constitucional. Já a doutrina, porém, interpreta as desigualdades de acordo com a noção de Rui Barbosa, tratando desigualmente os desiguais, e, para tanto, divide a igualdade em

¹⁷³ ABREU, L. E. L. Qual o sentido de Rawls para nós? **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 43, n. 172, out./dez. 2006, p. 162.

¹⁷⁴ Idem, loc. cit.

¹⁷⁵ ABREU, ob. cit., p. 162-163.

formal e material, de modo que integra na mesma fórmula a igualdade e a desigualdade. Esse mesmo princípio da análise doutrinária encontra-se na legislação e na sua aplicação, pois parte de nossa legislação possui um caráter assistencialista, protegendo os mais necessitados e hipossuficientes, porém, são estabelecidas várias possibilidades recursais em nome da garantia individual, o que permite que se retarde a resolução das lides, beneficiando o polo superior da relação assimétrica.

Assim, “a prática processual brasileira mostra que quem pode aguardar a decisão por mais tempo vence, e uma olhada em muitos dos acordos levados a efeito na Justiça do Trabalho atesta o fato” (ADEODATO, 2002, p. 132). Como consequência, mesmo quando a legislação estabelece distinções assimétricas favoráveis ao polo inferior, a diferença de valor, hierárquica (e, portanto, a desigualdade, nos termos de Barbosa), pode ser reintroduzida pela prática jurisdicional, seja na interpretação concomitante de outros dispositivos legais, seja ainda de alguma outra forma (Cf. LIMA, 1989; 2004)¹⁷⁶.

Assim, não podemos considerar que a nossa ideologia política é uma reprodução da concepção política nos termos de Rawls, afinal, ela não passou por um processo de ajustamento do tipo de equilíbrio reflexivo, não é completa e não está baseada na ideia de reciprocidade. Para Rawls, todo o procedimento visa estabelecer uma coerência refletida, uma autenticidade reflexiva entre doutrina abrangente e concepção política, evidenciando-se a coerência do indivíduo para com ele mesmo¹⁷⁷.

Não lidamos com a pluralidade da mesma forma que as sociedades que adotam um individualismo associado ao liberalismo como doutrina abrangente, com sua ênfase nos interesses e liberdades individuais, como o é na justiça como equidade. Para o nosso sistema hierárquico, a coerência não é um valor; ao contrário, o valor é a capacidade de movimentar-se nos diversos campos sociais, nos quais a regra que estabelece a precedência é variável e as diversas doutrinas abrangentes encontram um lugar subordinado, valorado em relação ao todo, mas com grande liberdade de expressão e capacidade de estabelecer suas próprias regras. Não há necessidade de sermos todos iguais; uma vez que cada identidade tem um

¹⁷⁶ ABREU, L. E. L. Qual o sentido de Rawls para nós? **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 43, n. 172, out./dez. 2006, p. 163.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 163-164.

valor, a questão é saber justamente seu lugar, reconhecer a diferença de valor pertinente a tal ou qual relação ou contexto. É um individualismo relativista, em que cada um sabe do seu e cada um tem sua verdade, mas isso não significa que a sociedade seja, de fato, harmônica ou que um sistema seja preferível em relação ao outro. Abreu reconhece que “nossa sociedade também tem suas formas de crueldade e brutalidade que se protegem nessa ideologia, muito mais insidiosas e sutis”¹⁷⁸.

Esta é a estratégia contrária à de Rawls: numa sociedade formada por indivíduos, o importante não é a criação de distinções, mas o reconhecimento dos valores comuns que todos, igualmente, compartilhamos, valores que fundam aquilo que fazemos juntos¹⁷⁹.

Abreu enfatiza que todos os aspectos jurídicos podem e devem ser objeto do debate público que envolva não só os iniciados – e a condição para tanto é que eles façam sentido para todos, não se podendo aceitar o argumento de que nem todos são capazes de entender assuntos complexos – o que seria simplesmente repetir que temos entre nós diferenças de valor.

Assim, o autor volta à questão inicial do texto, tentando responder qual é o sentido que Rawls pode ter para nós, afirmando que este só fará sentido se reconhecermos nossas diferenças. Mas não é só isso. O autor questiona se realmente acreditamos que essa é a boa maneira de sermos uma coletividade. Ele reconhece que em toda nossa tradição há coisas com as quais discordamos, outras que acreditamos importantes e até mesmo constitutivas – aquilo que nos define como identidade coletiva e que legitimamente queremos manter. Ele não se arrisca dizer se a proposta de Rawls de ajustar nossas convicções a princípios pode modificar nossa maneira de agir no mundo, mas crê que não temos alternativa senão defender tal possibilidade.

¹⁷⁸ ABREU, L. E. L. Qual o sentido de Rawls para nós? **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 43, n. 172, out./dez. 2006, p. 164.

¹⁷⁹ Idem, loc. cit.

CONCLUSÃO – A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA ANTE AS TEORIAS ANALISADAS

De acordo com o que foi exposto ao longo do trabalho, passaremos a tecer algumas considerações, relacionando-as ao sistema jurídico brasileiro.

Embora a análise do primeiro capítulo tenha demonstrado que nossos doutrinadores, mesmo que inconscientemente e expressamente contrários aos seus discursos, enaltecem o acesso à justiça no sentido processual, considera-se que o Poder Judiciário brasileiro não se limita somente a esse tipo de atuação, sendo contrário, portanto, à função estabelecida por Ely, de assegurar uma justiça procedimental, somente com a idoneidade do processo político e a garantia do bom funcionamento da democracia. Vale ressaltar que, se assim o fosse, o sistema jurídico brasileiro seria contrário aos direitos fundamentais expressos em nossa Constituição, que demanda também uma análise substancial ou, em outras palavras, a garantia de uma justiça substancial. Não podemos considerar que apenas uma análise que se atenha ao controle do procedimento democrático seja o papel do Judiciário, cabe a ele também a apreciação de valores e princípios vigentes em nossa sociedade, por ser esta característica de um Estado Democrático de Direito, o que demanda o equilíbrio de aspectos formais com os substanciais.

Essa foi a proposta da teoria dualista de Ackerman, uma forma de conciliação entre a supremacia da Constituição e a democracia, de modo a equilibrar o procedimentalismo e o substancialismo. Para o autor, a função do Judiciário é, em tempos de política normal, proteger e preservar as grandes conquistas populares – resultado da cidadania mobilizada – ao invalidar leis contrárias a elas e aprovadas pelos representantes do povo. Já em tempos em que haja um movimento revolucionário, que acarrete transformações no sistema, seu papel será de promover a síntese entre os princípios vigentes e aqueles advindos do movimento revolucionário. Desse modo, o Judiciário ultrapassa a análise procedimental, realizando também o exame de questões substantivas.

Embora concordemos que uma conciliação entre ambos os modelos seja possível e necessária, a teoria dualista não nos parece viável em relação ao Brasil. Não obstante possamos identificar diversas conquistas resultantes da deliberação popular, ressalta-se que a

heterogeneidade do texto constitucional deriva de grandes negociações entre grupos de interesses voltados à conciliação de seus anseios, o que demonstra que a Constituição Federal de 1988 foi mais um produto da democracia pluralista do que da democracia dualista, de modo que o sistema jurídico brasileiro não se resume a apenas dois níveis de decisão política e que, tanto a CF quanto suas emendas, não são sempre resultado da cidadania mobilizada. Um exemplo disso é a distinção existente entre as Emendas nº 20, de 16 de dezembro de 1998, e a nº 33, de 11 de dezembro de 2001. A primeira dispõe acerca de alterações no sistema de previdência social, possuindo alto nível de comprometimento popular. Já a segunda, que altera alguns artigos da Constituição referentes à tributação, não carece de representatividade popular alguma, pois não visa atender às necessidades diretas da coletividade, mas somente interesses arrecadatários. Assim, a adoção do modelo dualista no sistema jurídico brasileiro é também inviável¹⁸⁰.

É importante destacarmos a ressalva feita pelo autor no sentido de que não basta que o procedimento de elaboração das leis conte com pleno apoio popular e seja fruto de uma ampla deliberação: é preciso que o seu conteúdo seja bom, ou seja, em conformidade com as regras e os princípios superiores previstos na Constituição. Ackerman demonstra esse fato com o exemplo do nazismo, que representou a instância máxima da barbárie e do desrespeito à vida humana, embora tenha sido fortemente apoiado pelo povo¹⁸¹.

Dessa forma e pelas conclusões de Abreu quanto à tese de John Rawls, parece-nos possível captar a essência dessa teoria em nossa sociedade. Reconhecemos que uma concepção de justiça exterior e anterior à Constituição, em especial esta de cunho filosófico, também enfrenta problemas de ordem cultural e social, por isso, considerá-la implica concordar com as ressalvas de Abreu para que tal teoria possa ser aceita em nossa sociedade, no sentido de serem reconhecidas e respeitadas as diferenças naturais da estrutura social. Talvez essa seja até mesmo uma concepção de justiça emergente, que, ao contrário da justiça como equidade, aborda as diferenças advindas naturalmente em qualquer sociedade real e, nesse contexto, procura garantir a igualdade possível. Essa concepção já pode ser percebida

¹⁸⁰ HOHMANN, L. H. G. Fundamentos da jurisdição constitucional brasileira. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, n. 2, jul. 2007, p. 6-7. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/93/79>>. Acesso em: 22 mar. 2012.

¹⁸¹ Ibidem, p. 9.

na atuação jurídica brasileira, em que as individualidades são consideradas nos casos concretos apreciados pelo Judiciário.

O fato é que os princípios são responsáveis por fixar a essência do ordenamento jurídico, sendo ainda a base para a prática interpretativa, permitindo ao intérprete e ao aplicador da lei aferir com maior exatidão o significado e o alcance das normas jurídicas. Assim, é essencial que os princípios fundamentais do direito sejam o ponto de partida do processo interpretativo. “O próprio contexto Constitucional exige indiretamente que os dispositivos constitucionais e legais sejam sistematicamente interpretados, partindo-se dos princípios, de modo a garantir e preservar a higidez e o caráter unitário do ordenamento jurídico”¹⁸².

Nesse contexto, a existência do controle de constitucionalidade é fundamental para assegurar que, embora ocorram mudanças de ordem social e estrutural, as conquistas do povo serão respeitadas e mantidas, fazendo-se jus à função constitucional e à democracia¹⁸³. O sistema de controle de leis é, assim, um importante ponto de equilíbrio entre o Estado de Direito e a soberania popular, *devendo equilibrar e harmonizar não só as esferas de poder, como também os sistemas procedimental e substantivo*¹⁸⁴.

Assim, o controle concentrado de constitucionalidade das leis na ordem jurídica brasileira após a CF de 88 assenta-se na filosofia de consolidar a democracia pela materialização imediata dos direitos humanos fundamentais, daí a prioridade a um controle célere e em tese de constitucionalidade das leis, possível de ser efetuado por vários segmentos da sociedade civil brasileira¹⁸⁵.

Embora evidenciada a ênfase em aspectos processuais no primeiro capítulo deste trabalho, verificamos que o discurso dos processualistas brasileiros já ressalta a preocupação em ver materializada uma ordem justa e igualitária, ou seja, demonstra a necessidade de ser assegurada também essa justiça substancial. Para tanto, é necessário que o Judiciário ultrapasse sua atuação prática, que tem se pautado mais no mérito processual, e assuma realmente esse papel. Por toda a análise ora realizada e, ainda, pelo fato de ser apontado

¹⁸² HOHMANN, op. cit., p. 18.

¹⁸³ RAMOS, op. cit., p. 96-97.

¹⁸⁴ HOHMANN, op. cit., p. 18.

¹⁸⁵ RAMOS, op. cit., p. 111.

guardião da Constituição, entendemos que cabe a ele sim garantir uma ordem substancialmente justa, e não somente um procedimento justo.

Embora o Judiciário tenha problemas de ordem estrutural e operacional, ainda assim, é uma instituição capaz de satisfazer às demandas da população, devendo exercer um papel ativo que garanta a efetiva materialização dos direitos fundamentais e torne nossa sociedade realmente característica de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ABREU, L. E. L. Qual o sentido de Rawls para nós? **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 43, n. 172, out./dez. 2006, p. 150.

ACKERMAN, B. **Nós, o povo soberano**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CARRADORE, E. A. **O novo Código Civil, acesso à justiça e outros temas jurídicos atuais**. Florianópolis: OAB/SC, 2003.

CASTILHO, R. **Acesso à Justiça**. Tutela coletiva de direitos pelo Ministério Público: uma nova visão. São Paulo: Atlas, 2006.

CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

DINAMARCO, C. R. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001.

ELY, J. H. **Democracia e desconfiança**. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HOHMANN, L. H. G. Fundamentos da jurisdição constitucional brasileira. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, n. 2, jul. 2007. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/93/79>>. Acesso em: 22 mar. 2012.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

LEAL, S. T. **Controle de constitucionalidade moderno**. Niterói: Impetus, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas de processo civil**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **O controle concentrado de constitucionalidade das leis no Brasil**. São Paulo: Celso Bastos Editor / Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.